نطاق سلطة القاضى
فى إصدار الأمر القضائى

وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية

دكتور
محمود السيد عمر التحيوى
قسم قانون المرافعات
كلية الحقوق جامعة المنوفية

١٩٩٩

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ ش سوتير الازاريطة
الاسكندرية ٤٨٢٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

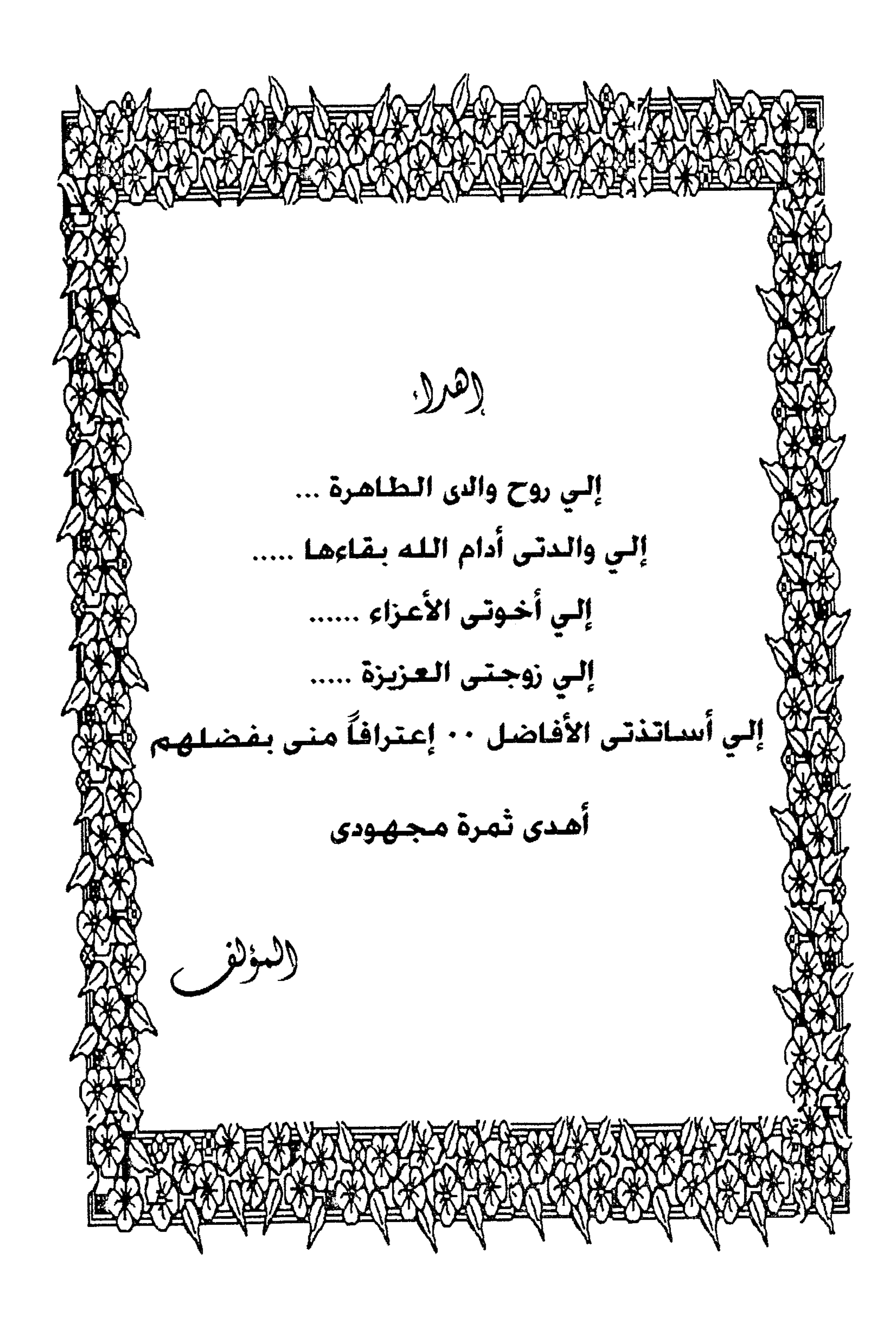
" ربنا لاتزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة

إنك أنت الوهاب * ربنا إنك جامع الناس ليوم لاريب فيه

إن الله لايخلف الميعاد "

صدق الله العظيم

سورة آل عمران : آية رقم ٨،٩



إهداء

إلي روح والدى الطاهرة ...

إلي والدتى أدام الله بقاءها .....

إلي أخوتى الأعزاء ......

إلي زوجتى العزيزة .....

إلي أساتذتى الأفاضل ٠٠ إعترافاً منى بفضلهم

أهدى ثمرة مجهودى

المؤلف

مقـــدمة

يتمتع القاضى بالعديد من السلطات التى تنبثق من طبيعة وظيفته، فهو يتمتع بسلطة القضاء ، أى إصدار أحكام قضائية فاصلة فى نزاع ، نتيجة خصومة تحقيق كامل ، وذلك من خلال الدعوى المعروضة عليه ، والتى تقتضى دعوة الخصم الآخر للحضور أمامه إعمالاً لمبدأ المواجهة ، لتمكينه من الرد على ادعاءات خصمه ، والسماح له بتقديم ادعاءات جديدة إذا عن له ذلك تحقيقاً للمساواة بينهما ، وحتى يستطيع القاضى الإلمام بكافة ادعاءات الخصوم ويتمكن من تحرى الحقيقة وتمحيص الحق وبلوغه.[1] .

كما أنه يتمتع بسلطة الإدارة ، أى أعمال الإدارة القضائية Les actes d'administration Judiciaire، والتى لا يختلف الفقه حول طبيعتها الإدارية المحضة ، وهى أعمالاً يمارسها القضاء ، وتتعلق بتنظيم مرفقه وحسن سيره ، وأداته فى ذلك هى القرارات الإدارية ، والتى لا تختلف فى طبيعتها عن طبيعة القرارات الإدارية التى تصدرها مختلف الجهات الإدارية فى تصريف أمورها ، وإدارة شئونها ، بهدف تحقيق سير المرافق العامة القائمة عليها ، ومنها على سبيل المثال ، توزيع القضايا على الدوائر المختلفة ، وتنظيم جداول الجلسات ، وتحديد مواعيدها ، وتحديد ساعة بدءها ، وإدارتها وضبط النظام فيها ، وتحديد المواعيد التى تؤجل إليها القضايا ، إلى غير ذلك من أعمال الإدارة القضائية.[2]

---

(١) فى سلطة القضاء التى يتمتع بها القاضى ، أنظر : فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية ، بند ١٤ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها ، نبيل عمر ، الأوامر على عرائض ونظامها القانونى فى المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٨٨ ، منشأة المعارف بالأسكندرية . بند ٧ وما يليه، ص ١٤ ومابعدها ، أحمد مليجى موسى ، أعمال القضاة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٤ ، دار النهضة العربية ص ٦ ومابعدها.

(٢) فى دراسة سلطة القاضى الإدارية ، راجع : نبيل عمر ، المرجع السابق ، بند ١٥، ١٦ ص ٢٦ ، ٢٧ ، أحمد مليجى ، أعمال القضاة ، ص ١٧٨ ومابعدها.

كما أن القاضى يتمتع كذلك بسلطة الأمر ، أى إصدار أوامر قضائية ملزمة، نتيجة خصومة تحقيق غير كامل ، وذلك من خلال عريضة تقدم إليه يبين فيها الطالب طلباته، ويرفق بها المستندات المؤيدة لذلك ، وينظرها – أى القاضى – دون دعوة المطلوب صدور الأمر فى مواجهته للحضور أمامه ، ويصدر أمراً ليس له طبيعة الأحكام ، ولا يخضع لنظامها القانونى[1].

ويقصد بالأوامر القضائية Les ordonnances judiciaires

---

(١) فى النظام القانونى للأوامر راجع :
CÉZAR-.BRU , HÉBRAUD , SEIGNOLIE et ODOUL : Traité des référés et des ordonnances sur réquête ., T . 1 . éd . 1978 (référés) , MARTIN , La formalisation de la décision gracieuse et de la réquête du président du tribunal de grande instance , J . C . P . 1967 - 1 - 2819 ; PH . BERTIN , Les ordonnances sur réquête et leurs nouveaux signataire , G . P . 30 - 31 Mars 1979 ; J . J . TAISNE : La réfomme de la procédure d'injonction de payer , D . 1981 . chron . 319 ; BROCCA , Les Recouvrement de l 'impayé Dund . 1985 . Mars . Rép . proc . Civ , 2 ed , V. injonction de payer ; VINCENT et GUINCHARD , Procédure civile 21 ed ; no . 679 et s ; 22 éd . Dalloz 1991 , no. 680 et s , p . 487 et s.
وأنظر كذلك : أحمد ماهر زغلول – القضاء الولائى – دراسات فى نظرية العمل القضائى فى القانون المصرى والقانون الفرنسى (باللغة الفرنسية) – ليون – فرنسا ١٩٨١ ،أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها – ط ٤ – ١٩٩٧ – جـ ١ – دار أبو المجد للطباعة – بند ١٤٢ وماليه ص ١٦٧ ومابعدها محمود محمد إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى ١٩٨٣ – دار الفكر العربى ص ١٠٤ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى وإجراءاته فى قانون المرافعات – الطبعة الثانية ١٩٩١ – دار أبو المجد للطباعة بند ٨٨ وماليه – ص ١٩٠ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية – الطبعة العاشرة – ١٩٩١ – منشأة المعارف بالأسكندرية بند ٧٢ وماليه – ص ١٢٢ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٩٥ – بدون دار نشر – ص ١٣٧ ومابعدها ، محمد كمال عبدالعزيز – تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه – الطبعة الثالثة ١٩٩٥ – الجزء الأول ص ١١٩١ ومابعدها . وراجع فى النتائج المترتبة على التمييز بين سلطة القضاء وسلطة الأمر. نبيل إسماعيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – بند ١٧ وماليه ص ٢٨ ومابعدها .

مايصدره القضاء من قرارت بناءً علي طلب شخص من غير مرافعة ، ودون تكليف الطرف الآخر بالحضور وفى غيبته [١] ،أى مايصدره القضاء من قرارات بغير طريق الخصومة القضائية [٢] ، وهى تمثل أحد الأشكال الخارجية التى يعتمدها قانون المرافعات لكى تصدر فيها الأعمال المختلفة للحماية القضائية[٣]. والأصل أن يقتصر إصدار الأوامر ، كشكل من أشكال الحماية القضائية ، على الأعمال الولائية التى لاتتضمن نزاعاً ، ولاتنطوى على خصام ، ويقدم الطالب العريضة إلي القاضى لكى يأذن له القيام بالعمل أو إجراء التصرف، أو تعديل مواعيد الحضور فى الدعاوى وغيرها .

وتعتبر الأوامر على عرائض Les ordonnances sur réquêtes أهم صور الأعمال الولائية ، إلا أن المشرع قد اعتمد الأوامر القضائية كذلك بالنسبة لبعض الأعمال القضائية إستثناءً من القواعد العامة في رفع الدعاوى ، كما هو الحال بالنسبة لأوامر الأداء Les ordonnances d'injonction de payer، والتى تتضمن تأكيداً قطعياً ملزماً لوجود الحق ومقداره [٤].

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٥١ ص ١٠٤ ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ - ١٩٨٣ ص ١٠٤ .

(٢) أنظر : محمد فهمى - المرافعات المدنية والتجارية - ط ١ - ١٩٤٠ مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة بند ٦٠ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٧٠ - دار الفكر العربى - بند ٥٤٦ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ط ١٠ - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية -- بند ٧٢ ، وجدى راغب -النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون الرافعات - رسالة للدكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - سنة ١٩٦٧ ومطبوعة سنة ١٩٧٤ ص ١٣٤ ، التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ دار الفكر العربى ص ١٣٧ فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ بند ٥١ ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط١ - ١٩٩٣ - الرسالة الدولية للطباعة والإعلان - بند ٥٦ ص ١١٨ ، أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٤٣ ص ٢٦٨.

(٣) أنظر دراسة تفصيلية لمختلف أشكال الحماية القضائية وتحديد العلاقة بينها وبين الصور المتنوعة لأعمال الحماية القضائية - أحمد ماهر زغلول - القضاء الولائى - الرسالة المشار إليها - بند ٢٥٣ ومايليه .

(٤) وقد أخذت بنظام التقاضى بوساطة العريضة للحصول على أوامر قضائية بالمعنى الفنى ، كثيرا من الأنظمة الأوربية ، مثل النظامين الإيطالى والفرنسى ، وكثيرا من الأنظمة العربية ، =

وسوف نتعرض فى هذا البحث بالدراسة والتحليل لسلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى ، والتى يقوم بناءً عليها بإصدر أوامر قضائية ملزمة وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية وآراء الفقه وأحكام المحاكم ، وهذه الدرسة لها أهمية كبرى ، ذلك أنه إذا كانت الأعمال التى يقوم بها القضاة كثيرة ومتنوعة ، ومتباينة فى الطبيعة والآثار ، فإنه يكون من الواجب معرفة طبيعة كل عمل من هذه الأعمال ، حتى يمكن تحديد خصائصه وآثاره ، إذ تنعكس طبيعة العمل على خصائصه وآثاره ، فمن المفيد معرفة ما إذا كان العمل الصادر من القاضى حكماً قضائياً أو أمراً ولائياً ، أو قراراً إدارياً ، وبالتالى يمكن إخضاع كل عمل من هذه الأعمال لنظامه القانوني الخاص به ، أى مجموعة القواعد القانونية التى تنظمه ، والتى تختلف عن مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العمل الآخر [1].

= ومن بينها النظام المصرى - وإذا تتبعنا مسلك التشريع المصرى فى هذا الخصوص لوجدناه يستلزم سلوك سبيل العريضة للحصول على حماية القضاء فى حالتين : أولاهما : المطالبة بحق من الحقوق الثابتة بالكتابة والتى يصدر بأدائها أمراً بالأداء ، وقد خصص الباب الحادى عشر من الكتاب الأول لأوامر الأداء فى المواد من ٢٠١ الى ٢١٠ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . ثانيهما : المطالبة بتقدير بعض الحقوق ، مثل مصروفات الدعوى (المواد ١٨٤ - ١٩٠ من قانون المرافعات) ، أو رسوم التقاضى (المواد ١٦ - ١٨ من قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤) ، أو مقابل أتعاب الخبراء ومصروفاتهم (المواد ١٥٧ - ١٦٢ من قانون الإثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) . أنظر فى أوامر التقدير : محمود محمد إبراهيم . أصول التنفيذ . ١٩٨٣ ص ١١٢ ومابعدها ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ - ١٩٩١ بند ١٠٤ ص ٢٠٣ ومابعدها ، وجدى راغب - التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ ص ١٤٥ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥٥ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها . وفى دراسة حالات استلزام سلوك سبيل العريضة فى مصر .راجع محمود هاشم - إجراءات التقاضى والتنفيذ ١٩٨٩ - مطابع جامعة الملك سعود - ص ١٧٩ ومابعدها . وحول إمكانية الأخذ بنظام العريضة فى التقاضى فى الفقة الإسلامى . أنظر محمود هاشم ، المرجع السابق - ص ١٧٨ ومابعدها .

(١) فى دراسة الأفكار الأساسية التى تهيمن على التنظيم القانونى للأوامر القضائية .أنظر : أحمد ماهر زغلول : الأوامر على العرائض وأوامر الأداء فى ضوء التعديلات المستحدثة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات - مقالة بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية - السنة السادسة والثلاثون العدد الأول يناير سنة ١٩٩٤ ص ٦٩ ومابعدها.

فمثلا إذا كان العمل الصادر من القاضى حكماً قضائياً ، فإنه يتمتع بحجية الأمر المقضى ، ويخضع لطرق الطعن في الأحكام المعروفة قانـوناً والمنصوص عليها فى القوانين الإجرائية ، بينما إذا كان العمل الصادر من القاضى قراراً إدارياً ، فإنه لن يتمتع بحجية الأمر المقضى ولن يخضع لطرق الطعن فى الأحكام . أما إذا كان العمل الصادر من القاضى أمراً قضائياً ، فإنه سوف يخضع للنظام القانونى للأوامر القضائية . ذلك النظام الذى يختلف عن النظام القانونى للأحكم القضائية ، كما يختلف عن النظام القانونى للقرارت الإدارية .

فأعمال القضاة ليست لها طبيعة واحدة ، بل نجد بعضها له طبيعة قضائية بحتة ، وتلك هى الأعمال الأساسية والأصيلة للقضاة ، وهى تصدر فى صورة أحكام . وفضلاً عن هذه الأعمال ، فإن هناك أعمالاً يمارسها القضاة تفضلاً منهم ، ولاتدخل فى وظيفتهم الأساسية ، وهى الأعمال الولائية [١] وهى تصدر فى صورة أوامر على عرائض، كما أن لأوامر الأداء طبيعتها الخاصة التى تنعكس انعكاساً كاملاً على النظام القانونى الذى تخضع له ، ذلك النظام الذى لايتطابق تماماً مع النظام القانونى للأعمال الولائية ، ولايتطابق أيضاً مع النظام القانونى للأعمال القضائية . ونظراً لاختلاف النظام القانونى للأوامر على عرائض عن النظام القانونى لأوامر الأداء[٢]. فإننا سوف نقسم هذا البحث إلي بابين إثنين ، وذلك على النحو التالى :

الباب الأول : دراسة النظام القانونى للأومر على عرائض .

الباب الثانى : دراسة النظام القانونى لأوامر الأداء .

نسأل الله تعالى التوفيق إنه سبحانه نعم المولى ونعم النصير .

المؤلف

---

(١) فى دراسة أسباب إسناد الأعمال الولائية للقضاة ، راجع أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة ص ١٠٨ ومابعدها .

(٢) وفى اختلاف النظام القانونى الواجب التطبيق على الأوامر باختلاف مضمونها . راجع أحمد ماهر زغلول – المقالة السابقة – ص ٧٥ ومابعدها ، أصول التنفيذ ١٩٩٧ – بند ٤٢ ومايليه – ص ٢٦٧ ومابعدها .

الباب الأول
دراسة النظام القانوني للأوامر على عرائض

تمهيد وتقسيم :

يوجد أسلوبين لأداء الحماية القضائية المطلوبة ، العمل القضائى الذي يتم وفقاً للأسلوب القضائى ،وهو النشاط الأصيل والعمل الأساسى للمحاكم ، والذى يتضمن فصلاً فى المنازعات بين الأفراد ، وهو يصدر طبقاً لإجراءات الخصومة القضائية ، والعمل الولائي فى منح الحماية القضائية ، والذى يرتكز أساساً على فكرة الإختصار وعدم التقيد بأشكال معينة فى ذاتها (١)، ولايصدق عليه وصف العمل القضائى بالمعنى الدقيق ، لأنه لايشترط فيه أن ينطوى على نزاع تسعى المحكمة إلي فضه ، أو خصومة تسعى إلى حلها ، ويصدره القاضى بمقتضى سلطته الولائية ، وليس بمقتضى سلطته القضائية ، وذلك فى صورة أمراًوليس حكماً قضائياً .

فالعمل الولائى هو نهجاً إجرائياً متميزاً عن إجراءات الخصومة القضائية ، حيث تنحصر العلاقة بين الطالب والقضاء ، ولايوجد خصماً يجب حضوره ومواجهته بالطالب ، أو مع افتراض وجوده ، فإنه يراد عدم علمه فى هذه المرحلة على الأقل . وصاحب الشأن لايرفع دعوى يُعلن بها خصمه ، وإنما يتقدم بعريضة يوضح فيها طلباته وأسانيدها ، ينظر فيها القاضى دون مواجهة الطرف الآخر وسماع دفاعه ، ويصدر أمره عليها سوء بالرفض أو بالقبول ، دون الإلتزام - كقاعدة - بالتسبيب .

وينظم المشرع العمل الولائى تحقيقا لأغراض معينة ، كاستجابة للضرورة التى تحتم مفاجأة الخصم بإجراء يستبعد طريق الدعوى التى تتوج بحكم قضائى (٢).

---

(١) أنظر : محمد عبدالخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ج١ - المبادئ العامة - ط ١- ١٩٧٦ - دار النهضة العربية ص ١٩.

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٤٣ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨

وتعد الأوامر على عرائض أو " الإستئمار " [١]هى النهج المثالى والشكل النموذجى لأعمال الحماية القضائية الولائية التي لاتتضمن فضاً لنزاع ، أو فصلا فى خصومة [٢]، ودراسة النظام القانونى لها ، باعتبارها من النظم القانونية الإجرائية تثير كثيراً من الجدل .

وينصب الجدل بصدد الأوامر على عرائض حول طبيعتها الفنية ، والذى ينعكس على خصائصها وآثارها ، إذ كانت هذه الطبيعة ومازالت محل جدل فى الفقه الإجرائى ، وانعكس هذا على النظام القانونى لها ، وكذلك سلطة القاضى فى إصدارها ، وهل يستند فى ذلك إلى سلطته القضائية ، أم إلي سلطته الولائية. وماهو المعنى المحدد لفكرة السلطة الولائية ، وما إذا كانت - أى الأوامر على عرائض - واردة فى القانون علي سبيل الحصر ، أم على سبيل المثال ، وذلك بطبيعة الحال قبل التعديل الجديد لنص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصرى بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، والذى أنهى الخلاف الفقهى والقضائى فى هذ الصدد ، ونص على أن الأوامر على عرائض لاتكون إلا إذا نص القانون عليها ، أى حصر استصدارها فقط فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجهاً فى استصدار أمراً على عريضة .

فضلاً عن التساؤل المثار بشأن ما إذا كان هناك شروطاً يجب توافرها لقبول الأوامر على عرائض ، بحيث إذا تخلفت هذه الشروط ، كان هناك فرصة لصدور أمرٍ من القضاء بعدم قبول العريضة أو أمرٍ برفض إصدار الأمر على عريضة .

بالإضافة إلي مدى تأثير الطبيعة الخاصة التى تتمتع بها الأعمال الولائية على النظام القانونى الذى تخضع له ، سواء من حيث الإختصاص بإصدارها والإجراءات المتبعة فى ذلك ، وكيفية إصدارها ومضمونها ، وخصوصية طرق الطعن التى تخضع لها .

---

(١) فى الأخذ بهذا الإصطلاح " الإستئمار " راجع : أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٥٤٦.
(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق - بند ١٤٣ ص ٢٦٨.

وعليه، نرى تقسيم هذا الباب إلى الفصول التالية:-

الفصل الأول : تعريف العمل الولائى، وبيان طبيعته القانونية، وتمييزه عن كل من الأعمال القضائية وأعمال الإدارة القضائية.

الفصل الثانى: الخصائص المميزة لنظام الأوامر على عرائض.

الفصل الثالث: شروط استصدار الأوامر على عرائض.

الفصل الرابع : إصدار الأوامر على عرائض

وذلك على التفصيل الآتى:

الفصل الأول

تعريف العمل الولائي، وبيان طبيعته القانونية، وتمييزه عن كل من الأعمال القضائية وأعمال الإدارة القضائية .

أولا : تعريف العمل الولائي :-

إن الأعمال الأصلية والأساسية للقضاة ، هي الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة ، بيد أن أعمال القضاة لا تنحصر في هذا النوع من الأعمال إذ تفضلا عن هذه الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة ، يمارس القضاة أعمالا ذات طبيعة ولائية .

وهذه الأعمال ذات الطبيعة الولائية لا تعتبر أعمالا أصيلة أو أساسية ، بل أن القاضي يمارس هذه الأعمال تكرما منه ، لأنها لا تدخل في وظيفته العادية [١] ، فهي تسمى بالأعمال التفضلية ، لأنها تصدر تفضلاً من القاضي [٢] ،كما يسمى الإختصاص بها بالإختصاص الإرادي ، على أساس أنه يستند إلى إرادة الطالب الذي يلجأ باختياره إلى القاضي ليمارس عملا يخرج عن نطاق وظيفته الأصلية أو المعتادة [٣] .

---

(١) راجع : فتحي والي : مبادىء قانون القضاء المدني - الطبعة الثانية - سنه ١٩٧٥ - بند ١٦ ص ٣١ ، ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الأول - طبعة سنة ١٩٧٤ بند ٢٥ - ص ٨٦ - هامش رقم ١ .

(٢) راجع : محمد عبد الخالق عمر قانون المرافعات - طبعة سنة ١٩٧٨ - ص ٦٤ .

(٣) راجع : محمد عبد الخالق عمر - الإشارة السابقة .

ويباشر القاضى هذه الأعمال بماله من حق الولاية [١] ، إذ مصدر سلطة القاضى فى ممارسة هذه الأعمال هو ولايته العامة ، باعتباره واحدا من الحكام أو ولاة الأمـر الذين يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم ، تحقيقا لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع الذى ينتمون إليه ، ومن هنا كانت تسمية هذه الأعمال ، بالأعمال الولائية ، فهى أعمال تستند إلى ولاية القاضى [٢] .

فإلى جانب العمل القضائى ، وهو النشاط الأصيل والعمل الأساسى للمحاكم ، والذى يتضمن حلا للمنازعات بين الأفراد ، فإن المحاكم تقوم بأعمال أخرى لا يصدق عليها وصف العمل القضائى بالمعنى الدقيق ، لأنه لا يشترط فيها أن تنطوى على نزاع تسعى المحكمة إلى فضه ، أو خصومه تسعى إلى حلها وهى الأعمال الولائيةالتى ينظرها القاضى بمقتضى سلطته الولائية ، والتى يعبر عنها بما يصدره من أوامر ، وليس بمقتضى سلطته القضائية ، والتى يعبر عنها بالأحكام [٣] .

---

(١) راجع : محمد العشماوى - قواعد المرافعات فى القانونين الأهلى والمختلط - الجزء الأول طبعة سنة ١٩٢٨ - بند ٥٣٤ - ص ٣٧٨ .

(٢) راجـع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - مقالة بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية - ١٩٦٩ - العدد الثاني - بند ١٤٢ - ص ٦٤٤ ، محمد عبد الخالق - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٦٤ .

(٣) راجع فى سلطه القاضى الولائية : نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض - المرجع السابق بند ١١ وما يليه -ص ٢٠ وما بعدها ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة المرجع السابق ص ١٠٦ وما بعدها ، حسين اللبدى - الأوامر على العرائض فى قانون المرافعات المصرى رسالة دكتوراه - سنه ١٩٧٨ - بند ٢٢١ وما يليه - ص ٢٤٤ وما بعدها .

فبينما يقتضى رفع الدعوى إلى القضاء دعوة الخصم الآخر للحضور أمامه إعمالا لمبدأ المواجهة ، ولتمكين المدعى عليه من الرد على ادعاءات خصمه ، والسماح له بتقديم ادعاءات جديدة إذا عن له ذلك ، تحقيقا للمساواه بينهما ، وحتى يستطيع القاضى الإلمام بكافة إدعاءات الخصوم ، ويتمكن من تحرى الحقيقة وتمحيص الحق وبلوغه ، يكتفى فى العريضة أن يبين فيها الطالب طلباته ، ويرفق معها المستندات المؤيدة لذلك ، ويفصل فيها القضاء دون دعوة الخصم الآخر للحضور أمامه ، كما يفصل فى الدعوى بحكم مسبب ، فى حين يكون الغرض من تقديم العريضة استصدار أمراً عليها ، ليس له طبيعة الأحكام ، ولا يخضع لنظامه القانونى [1] .

ذلك أن الإلتجاء إلى القضاء يتم بإحدى وسيلتين ، إما عن طريق دعوى ترفع إلى القضاء ، أو عن طريق عريضة تقدم إلى القاضى ، ولا يقتصر الخلاف بين الوسيلتين على الشكل الواجب اتباعه للحصول على الحماية القضائية ، أو النظر إلى أسلوب اتصال المحكمة بما هو مطلوب منها ، فالفروق بينهما عديدة ، والخلاف أعمق من ذلك [2] .

وجمهور الشراح متفقاً على أن القضاء هو المختص بإصدار الأوامر القضائية التى تسمح للأفراد باتخاذ التدابير الوقتية الملائمة
وعلى تحديد سلطة القاضى التى يستند إليها فى إصدارهذه الأوامر .

---

(١) راجع فى النتائج المترتبة على التمييز بين سلطة القضاء وسلطة الأمر : نبيل عمر – الأوامر على عرائض – بند ١٧ وما يليه – ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) راجع فى أصل فكرة السلطة الولائية التى يتمتع بها القاضى ، والهدف الذى ترمى إليه نبيل عمر – الأوامر على عرائض – بند ١١ وما يليه – ص ٢٠ وما بعدها .

أجمع الفقه على أن القاضى فى إصداره لهذه الأوامر التى تهدف إلى اتخاذ تدابيراً وقتية ، لا يستند على سلطته القضائية لأن القضاء هو حسما للمنازعة وهنا لا توجد منازعة ولا حسم لها وبناءً على ذلك ، فإن هذه السلطة التى يستند إليها القاضى فى إصداره لمثل هذه الأوامر ، هى السلطة الولائية ، وهى من طبيعة مغايرة لطبيعة السلطة القضائية (١) .

فسلطة القضاء التى يتمتع بها القاضى تهدف إلى حسم النزاع بإزالة العارض الذى يعترض تطبيق القانون على روابط الأفراد،أما السلطة الولائية ، فهى سلطة إصدار أوامر للأفراد ، يكون المقصود منها المحافظة على وضع معين إلى أن ينظر النزاع القائم ، أو الذى سيقوم فى شأنه أمام القضاء . ولهذا يقال أن للقاضى وظيفة قضائية ووظيفة ولائية، فالأولى هى فض الخصومات وإقرار الحقوق والثانية هى إصدار الأوامر (٢) .

واستعمال القاضى لسلطته الولائية لا يرتهن بسبق رفع دعوى موضوعية أمام القضاء ، بمعنى أنه لايشترط التعاصر بين الدعوى بأصل الحق ، وبين استعمال القاضى لسلطته الولائية ، فالفقه والقضاء والتشريع لا يشترطون للجوء للأوامر على عرائض بوصفها الإستعمال الأكثر شيوعاً لسلطة القاضى الولائية ، ضرورة قيام نزاع أمام المحاكم ، أو ضرورة الفصل فيه (٣) .

---

(١) راجع : نبيل عمر - الأوامر على عرائض - المرجع السابق - بند ١٣ - ص ٢٣ ، بند ٢٨ وما يليه ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) راجع : نبيل عمر - الأوامر على عرائض - المرجع السابق - بند ١٣ - ص ٢٣ .

(٣) راجع : فتحى الى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٣٦ ص ٣٥ نبيل عمر - الأوامر - المرجع السابق - بند ١٣ - ص ٢٢ .

فالأصــل أن يقتصر إصدار الأوامر على الأعمال الولائية التى لا تتضمن نزاعاً، ولا تنطوى على خصام [١]، ويقدم الطالب العريضة إلى القاضى ، لكى يأذن له القيام بالعمل أو إجراء التصرف ، أو تعديل مواعيد الحضور وغيرها . إلا أن المشرع لجأ إلى نظام الأوامر بصدد بعض الأعمال القضائية إستثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعـوى ، كما هو الحـال بالنسبة لأوامر الأداء ، والتى يصدرها القاضى بموجب سلطته القضائية ،والتى تتضمن تأكيدا قطعيا ملزما لوجود الحق ومقداره .

على أنه يلاحظ أن هناك أعمالا ولائية تناط أصلا لموظفين إداريين ، مثل التوثيق ، ولا تناط للقضاة إلا عرضا بسبب اتصالها بالخصومة القضائية ، ومن هـذه ، التصديق على الصلح بين الخصوم وغيرها [٢] .

---

(١) راجع في دراسة سلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى : نبيل عمر - الأوامر - المرجع السابق بند ٩ وما يليه - ص ١٨ وما بعدها ، أحمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق ص ١٢٠ وما بعدها ، حسن اللبيدى - الرسالة السابقة - بند ٢٢١ وما يليه - ص ٢٤٤ وما بعدها . وفى التمييز بين سلطة القضاء وسلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى ، والنتائج المترتبة على هذا راجع : نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض ونظامها القانونى المرجع السابق - بند ١٧ وما يليه - ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) راجع في محاولات الفقه لحصر وتقسيم الأعمال الولائية : أحمد مليجى - أعمال القضاة المرجع السابق - ص ١١١ وما بعدها ، وفى أسباب إسناد الأعمال الولائية للقضاة أنظر المرجع السابق - ص ١٠٨ وما بعدها .

ثانيا : طبيعة العمل الولائى :-

إرتاب الفقه فى حقيقة الطبيعة التى تتمتع بها الأعمال الولائية، وكانت هذه الطبيعة وما زالت محل جدل الفقهاء ، وانعكس هذا الجدل على النظام القانونى لهذه الأعمال ، والذى لا يتطابق تماما والنظام القانونى للأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة ، ولا مع النظام القانونى للأعمال الإدارية (١) ، ولم يجمع الفقه على طبيعة واحدة لهذه الأعمال ، فنجد البعض يعتقد فى أن هذه الأعمال ذات طبيعة إدارية ويذهب آخرون إلى أنها أعمالاً ذات طبيعة قضائية ، بينما يتجه فريق ثالث إلى أنها أعمالاً ذات طبيعة مختلطة (٢) ، وسنتعرض لهذه التيارات الفقهية الثلاث بشىء من الإيجاز ، وذلك على النحو التالى :

الرأى الأول : الأعمال الولائية ذات طبيعة إدارية :-

يتجه معظم الفقه إلى القول بأن الأعمال الولائية إنما هى أعمالاً إدارية فالقاضى فى نظر هذا الجانب من الفقه لا يعدو أن يكون موظفا من موظفى الدولة يتخذ من التدابير الإدارية ما يتلائم مع وظيفته طبقا لمقتضيات هذه الوظيفة،ولكن لايمكن وصف عمله بأنه مجرد قراراً إدارياً كأي قرار أو عمل يصدر من موظف عادى ، لأن للقاضى إستقلالا وحصانة وضمانات يوفرها له مركزه ، مما يمنع من

---

(١) راجع فى دراسة سلطات القضاء والأمر والإدارة التى يتمتع بها القاضى : نبيل عمر – الأوامر المرجع السابق – بند ٥ وما يليه – ص ١٣ وما بعدها .

(٢) راجع فى طبيعة الأعمال الولائية: أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – الأعمال القضائية الأعمال الولائية – الأعمال الإدارية – ص ١٢٠ وما بعدها ، حسن اللبيدى – الرسالة السابقة بند ١٩ – ص ٤٠ وما بعدها ، نبيل اسماعيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى المرجع السابق – بند ٢٩ وما عليه – ص ٤٤ وما بعدها .

وصف عمله بهذا الوصف (١).

ووفقا لهذا الرأى ، فإنه يكون للقاضى الحق فى اتخاذ التدابير الإدارية التى تتناغم مع وظيفته ، ويأخذ إصداره لتلك التدابير شكل الأوامر على عرائض فى الغالب . ولقد تعددت النظريات القائلة بالطبيعة الإدارية للأوامر (٢) ، كما تعددت الأوصاف ، فالبعض اعتبرها من قبيل أعمال الضبط والحماية البوليسية ، بينما ارتآها البعض الآخر أنها من أعمال الإدارة المدنية أو الإدارة القضائية ، فى حين قطع البعض الثالث بأنها أعمالاً إدارية بحتة ، فى شكلها وفى موضوعها (٣) .

وأساس هذا الرأى هو أن هذه الأعمال الولائية من الممكن أن يقوم بها القضاة أو رجال الإدارة ، وإنما تسند للقضاة نظراً لحيادهم ولكفاءتهم (٤) ، وهى فى حقيقتها أعمال إدارية ، فلا اختلاف فى الطبيعة بين هذه الأعمال الولائية والأعمال الإدارية رغم ماتتمتع به هذه الأعمال الولائية من خصائص ترجع إلى مصدرها لا إلى طبيعتها .

---

(١) راجع من أنصار الرأى - محمد حامد فهمى - المرافعات المدنية والتجارية - طبعه سنه ١٩٤٠ بند ٢١ - ص ٢٠ . عبد المنعم الشرقاوى - الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية - طبعة سنه ١٩٥٤ - بند ٣٥٤ - ص ٤٣٧ . أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - طبعة سنه ١٩٧٠ - بند ٥٦٢ ص ٧٥٣ ، ٧٥٤ . أحمد مسلم - أصول المرافعات طبعة ١٩٧١ - بند ٥٩٨ ، ٥٩٩ - ص ٦٤٤ - ٦٤٥ .

(٢) راجع فى بيان ذلك : حسين اللبيدى - الرسالة السابقة - بند ٥٠ - ص ٧٣ وما بعدها .

(٣) راجع : حسين اللبيدى - الإشاره السابقه .

(٤) راجع فى أسباب إسناد الأعمال الولائية للقضاة : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٠٨ وما بعدها .

والنتيجة العملية لهذه الإتجاه ، أن الأعمال الولائية لا تخضع للنظام القانونى للأعمال القضائية ، بل تخضع بصفة أساسية للنظام القانونى للأعمال الإدارية [١] فلا تخضع الأعمال الولائية لنظام الطعن فى الأحكام ، ويجوز سحبها أو تعديلها ولا تتمتع بحجية الشيء المقضى به ويجوز رفع دعوى بطلان أصلية ضدها ، وكل ذلك يتفق مع طبيعتها الإدارية البحتة [٢].

ولم يسلم هذا الإتجاه من النقد ، فهو معيباً من حيث أساسه [٣] ، إذ العمل الإدارى إنما ينبع من نشاط إيجابى وذاتى يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، وسلطة الموظف الإدارى فيه تقديرية ، ولا يتقيد فيه بالقانون إلا فى حدود مبدأ الشرعية وليس عمل القاضى كذلك حتى ولو كان عملا ولائيا [٤] . فالقاضى لا يتحرك هنا من تلقاء نفسه ولا يمسك بزمام المبادرة ، فليس له نشاطاً ذاتياً أو إيجابياً ، ولا بد من الإلتجاء إليه لكي يمارس سلطته [٥] ، وهو ملزم بإجابة الطلب المقدم إليه بالرفض أو بالقبول ، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ، والقاضى لا يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، ولكنه يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة أو حمايتها [٦]، وفى ذلك

---

(١) راجع : محمد عبد الخالق عمر – قانون المرافعات – ص ٦٥ .

(٢) راجع تحليلا لهذا الرأى : محمد عبد الخالق عمر – الإشارة السابقة .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى – سلطة القاضى الولائية – المقالة المشار إليها – بند ١١٣ ص ٥٧٨ ، ٥٧٩ .

(٤) راجع : وجدى راغب – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – رسالة للدكتوراه جامعه عين شمس – سنه ١٩٦٧ – مطبوعة سنة ١٩٧٤ – ص ١٢٩ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – سنه ١٩٨٠ – بند ٢٠ – ص ٤٠ ، ابراهيم نجيب سعد – قانون القضاء الخاص – الجزء الأول – طبعة سنة ١٩٧٤ – ص ٩٢ – هامش رقم ٢ .

(٥) راجع : عبد الباسط جميعى – سلطة القاضى الولائية – الإشارة السابقة .

(٦) راجع : فتحى والى – مبادىء قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية سنه ١٩٧٥ – بند ١٧ ص ٣٢ ، ابراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – بند ٢٨ – ص ٩١ .

يختلف نشاط القاضى الولائى ، عن النشاط الإدارى الذى يقوم به رجل الإدارة .

كما أنه لا يمكن اعتبار الأعمال الولائية أعمال إدارية ، نظرا لأن هذه الأعمال تقوم بها المحاكم وهى لا تخضع لنظام التبعية الرئاسية الذى يخضع له رجل الإدارة ،ولذلك نجد القاضى فى مباشرته للنشاط الولائى غير خاضع لأوامر وتعليمات من رئيس أعلى ، وإنما يخضع للقانون مباشرة ووفقا لما يمليه عليه ضميره (١) .

كذلك لا ينبغى الإعتقاد فى إدارية الأعمال الولائية على أساس أن المشرع قد يعهد ببعض اختصاصات القضاء الولائى إلى جهه إدارية أو بالعكس ، كما فعل بالنسبة للتوثيق الذى أصبح معظمه من اختصاص الإدارة العامة بعد أن كان من اختصاص المحاكم ، إذ تخويل نشاط معين للمحاكم أو الإدارة هي مسألة سياسة تشريعية (٢) .

ويتضح لنا مما سبق أن كثيرا من الإنتقادات قد وجهت لهذا الرأى القائل بالطبيعة الإدارية للأعمال الولائية(٣) .

الرأى الثانى : الأعمال الولائية ذات طبيعة قضائية :-

وفقا لهذا الإتجاه تعتبر الأعمال الولائية أعمالا قضائية (٤) ، إذ لا يوجد خلافاً

---

(١) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٩ .

(٢) راجع : وجدى راغب - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٨ .

(٣) راجع : فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - طبعة سنه ١٩٧٥ - ص ٣٩ هامش رقم ٣ .

(٤) راجع من أنصار هذا الرأى : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى الرسالة السابقة ص ١٣٠ ، ١٣١ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائي المدنى - الطبعة الأولى - سنه ١٩٧٦

جوهرياً بين هذه الأعمال والأعمال القضائية ،فهي جميعا أعمال قضاء [١] ، وإن كان هناك ثمة اختلاف بين العمل الولائي والعمل القضائي ، فإن هذا الإختلاف ليس اختلافا جذريا في الطبيعة ، بل هو اختلاف في الدرجة ، ولا يمكن تشبيه القاضي عند ممارسته للأعمال الولائية بالموظف الإداري ، لأن القاضي لا يكون له الحرية أو التلقائية التي تكون للموظف الإداري عند ممارسته لعمله .

فالأعمال الولائية تتعلق بحماية حقوق ومصالح الأفراد ، ولذلك فلا يوجد ما يمنع من النظر إليها كأعمال قضائية [٢]، كما أن هناك مجموعة من الدلائل التي تكشف الطبيعة القضائية للعمل الولائي[٣] ، فالتسمية القانونية للقضاء الولائي مستقرة في القانون المقارن وقديمة ترجع إلى القانون الروماني ، ومن الناحية العضوية ، فإن مباشرة المحاكم لهذه الأعمال يدل على أنها تدخل في وظيفتها الأصلية ، ومن الناحية الإجرائية ، هناك سمات رئيسية مشتركة بين إجراءات الأعمال الولائية وإجراءات الأعمال الأخرى للوظيفة القضائية ، كذلك فإن نظام الأوامر على عرائض والذي يعد نموذجا عاما للأعمال الولائية في المسائل الولائية يستخدم أيضا في أعمال القضاء الأخرى ، كالتنفيذ القضائي والقضاء الوقتي .

= الجزء الأول - ص ١٧ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - المرجع السابق - بند ٢٨ - ص ٩٣ ، وفي عرض لهذا الرأي بالتفصيل راجع : حسين السيدي - الأوامر على عرائض رسالة - بند ٢٢ وما يليه - ص ٤٣ وما بعدها .

(١) راجع : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائي المدني - المرجع السابق - ص ١٧

(٢) راجع : محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٦٦ .

(٣) راجع : وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - الرسالة السابقة - ص ١٣١ ، مبادئ القضاء المدني - المرجع السابق - ص ٨٣ ، ٨٤ .

كما أنه من الناحية التشريعية ، فإن تنظيم قانون المرافعات للأعمال الولائية للمحاكم ، يعنى خضوع النشاط الولائى للقواعد العامة المنظمة للنشاط القضائى .

ولكـــن وفـقـا لهـذا الرأى ، فـإنه لا يعنى تمتع الأعمـال الولائيـة بالطبيـعة القضائية ، أنها تتطابق تماما مع الأعمال القضائية ، بل هما نوعين مختلفين من أعمال الوظيفة القضائية ، ويتمتعان بالصفة القضائية (١) .

ويترتب على تمتع الأعمال الولائية بالطبيعة القضائية أن هذه الأعمال تخضع بصفة أساسية للنظام القانونى للأعمال القضائية (٢) ، ولكنهارغم ذلك تتميز بإجراءات خاصة ، ومن الممكن أن تخضع لقواعد مختلفة ، مثل جواز الطعن فيها بالبطلان بطريق الدعوى الأصلية ، لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضى(٣) .

وقد تعددت النظريات التى أضفت الطبيعة القانونية القضائية على الأعمال الولائية ،وهو تعدد يعكس فى حقيقته إختلاف الفقه الإجرائى حول المعيار المميز للعمل القضائى .

---

(١) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة السابقة - ص ٩٣ - ١٠٠
أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٢٨
هامش رقم ٢٥-حيث أشار سيادته إلى أن أعمال الوظيفة القضائية تتنوع إلى أربعة أنواع ، هى العمل القضائى والتنفيذ القضائى والقضاء الوقتى والقضاء الولائى ، ولهذه الأعمال جميعا الصفه القضائية ، إذ هى تعمل من أجل الحماية القضائية للقانون ضد عدم فعاليته .

(٢) راجع : محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٦٦ .

(٣) راجع : محمد عبد الخالق عمر - الإشارة السابقة .

فمع السير فى اتجاه إضفاء الطبيعة القضائية على الأعمال الولائية ، فقد تعددت أوصاف الفقه المؤيد لتلك الطبيعة ، فذهب البعض إلى أن الأعمال الولائية تعد أعمالاً قضائية إرادية ، ووصفها البعض الآخر بأنها أعمالا قضائية تقديرية ، بينما وصفها البعض بأنها أعمالاً قضائية وقتية ، فى حين وصفها البعض الآخر بأنها أعمالاً قضائية بالتبعية ، وأخيراً اعتبرها فريقاً خامساً من الفقه الإجرائى أنها أعمالا قضائية بحتة [١] .

جـ - الرأى الثالث : الأعمال الولائية ذات طبيعة مختلطة :-

ذهب أنصار هذا الرأى إلى أن العمل الولائى ذو طبيعة مزدوجة [٢]، فهو ليس عملا إداريا كما أنه لا يعتبر قضاء ، بل هو مزاج من القضاء والإدارة ،إذ هو ينتمى للعمل الإدارى بموضوعه ، بينما ينتمى للعمل القضائى بشكله ومصدره ، ومن ثم لا تتطابق طبيعته والطبيعة القضائية البحتة ، ولا تتطابق أيضا والطبيعة الإدارية البحتة ، بل هى طبيعة هجينية ناتجة من الخلط بينهما [٣] .

---

(١) راجع في عرض هذه النظريات الخمس على التوالى : حسن اللبيدى - الأوامر على عرائض الرسالة السابقة - بند ٢٢ وما يليه - ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) راجع أنصار هذا الرأى - عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية المقالة السابقة بند ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ ص ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣ ، محمد العشماوى - قواعد المرافعات فى القانونين الأهلى والمختلط - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٥٣٤ - ص ٣٧٩ ، وقد ذكر سيادته أن العمل الولائى هو عمل يتخذ فى ظاهره شكل الحكم ، من حيث صدوره من قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية ، ولكنه فى أساسه عمل إدارى ، محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ١٩١ - ص ٢٣٠ ، فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٧ - ص ٣٢ أحمد محمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٣٤ .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ٢٩ - ص ٥٩٢ فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٧ - ص ٣٢ .

فالأعمال الولائية وفقا لهذا الرأى (١) لا تتمتع بطبيعة تماثل تماما الطبيعة القضائية البحتة ولا الطبيعة الإدارية البحتة ، بل تتمتع هذه الأعمال بطبيعة خاصه مختلطة تجمع بين الطبيعة القضائية والطبيعة الإدارية ، وهذه الطبيعة الخاصة المختلطة هى وحدها التى تفسر لنا النظام القانونى لهذه الأعمال ، ذلك النظام الذى لا يماثل تماما النظام القانونى للأعمال القضائية ، كما أنه لا يماثل النظام القانونى للأعمال الإدارية ، ولو أن للأعمال الولائية طبيعة إدارية لكان النظام القانونى لهذه الأعمال يتطابق تماما والنظام القانونى للأعمال الإدارية ، كذلك لو كان لهذه الأعمال الولائية طبيعة قضائية ، لوجدنا نظامها القانونى لا يختلف عن النظام القانونى للأعمال القضائية ولكن نتيجة لما تتمتع به الأعمال الولائية وفقا لهذا الرأى (٢) من طبيعة خاصة ، فإن ذلك ينعكس على النظام القانونى الخاص بها حيث أنه خليطاً من النظام القانونى للأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة ، والنظام القانونى للأعمال الإدارية (٣) .

رأينا الخاص :-

العمل الولائي ذو طبيعة خاصة مختلطة :

---

(١) راجع : أحمد مليجى موسى – الإشارة السابقة .

(٢) راجع : أحمد مليجى – الإشارة السابقة .

(٣) راجع في تفصيل هذا الرأى : عبد الباسط جميعى – سلطة القاضى الولائية – المقالة السابقة بند ٢٩ – ص ٥٩٢ ، ٥٩٣، أحمد محمد مليجى – أعمال القضاة – المرجع السابق ص ١٣٠ وما بعدها . حيث تعرض سيادته بالتحليل لهذا الرأى وأيده ، وأورد في ذلك العديد من الأسس والاعتبارات التى دعت هذا الرأى إلى تبنى الطبيعة المختلطة للأعمال الولائية .

فى تقديرنا مع بعض الفقهاء [١] ، أن الرأى الثالث والأخير ، والذى أضفى على الأعمال الولائية الطبيعة الخاصة المختلطة ، والتى تعد مزيجاً من القضاء والإدارة ، هو الأولى بالإتباع نظراً لسلامة الأساس القانونى الذى يستند عليه أنصار هذا الإتجاه ومنطقيته ، وكذلك اتفاقه مع النتائج العملية في هذا الصدد .

فالعمل الولائي لا يعتبر عملا قضائيا بالمعنى الضيق ، إذ لا يصدر القاضى بشأن هذا العمل حكما بالمعنى الدقيق ، كما أنه لا يقوم بعمل إدارى محض كالأعمال التى يقوم بها الموظف الإدارى التابع للسلطة التنفيذية ، وإنما يتخذ التدبير الملاءم على أساس من تقديره للإعتبارات المختلفة التى يراها ماثلة أمامه وله فى هذا المجال سلطة واسعة [٢] .

فالعمل الولائى لا يماثل العمل الإدارى ، إذ بينما يهدف العمل الولائى إلى تحقيق مصلحة خاصة بالغير ، فإن العمل الإدارى يرمى إلى تحقيق مصلحة الإدارة باعتبارها سلطة عامة [٣] .

كما أن العمل الولائى لا يعتبر قضاءً ، لأن القضاء يفترض وجود رابطة قانونية سابقة تلقى على عاتق طرف فيها إحترام قاعدة قانونية معينة .

ومن ناحية أخرى ، فإن اعتبار الأعمال الولائية ذات طبيعة مختلطة من القضاء والإدارة ، يتفق مع الطبيعة المختلطة للنظام القانونى لهذه الأعمال .

---

(١) راجع من أنصار هذا الرأى فى الفقه الإجرائى - المراجع المشار إليها آنفا - ص ٢٦ - بند ٣٠ .

(٢) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ٢٦ - ص ٥٩١ .

(٣) راجع : فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٧ - ص ٣٢ .

فالطبيعة المختلطة هى وحدها التى تفسر لنا النظام القانونى لهذه الأعمال ، ذلك النظام الذى لا يتطابق تماما مع النظام القانونى للأعمال القضائية ، كما أنه لا يماثل النظام القانونى للأعمال الإدارية (١) .

فالعمل الولائى يختلف عن العمل القضائى ويستقل عنه (٢) ، ومن أوجه الإختلاف بينهما ، أذكر ما يلى : -

١ - إذا كانت كل من الأعمال القضائية والأعمال الولائية تصدر عن القضاء ، إلا أن شخص القائم بالأعمال القضائية يختلف عن الشخص المنوط به القيام بالأعمال الولائية ، فالنوع الأول من الأعمال تتولاه المحاكم مشكلة على النحو المقرر فى القانون باعتبارها هيئة محكمة قائمة بذاتها ولو كانت مشكلة من قاض فرد، كما هو الشأن فى المحكمة الجزئية وقاضى التنفيذ ، بينما الأعمال الولائية يقوم بها قاضى فرد ليس باعتباره هيئة محكمة ، ولكن باعتباره مسئولا عن القيام بأعمال محددة أسند القانون إليه مهمة القيام بها (٣) .

ويفسر بعض الشراح قيام القضاء بالأعمال الولائية بالأسباب التاريخية والاعتبارات العملية ، فالأسباب الأولى مردها خلط واضعي النظم السياسية فى تحديد أعمال كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث بما يتلاءم مع وظيفة كل منها

---

(١) راجع : أحمد محمد مليجى موسى - أعمال القضاة - الأعمال القضائية - الأعمال الولائية الأعمال الإدارية - المرجع السابق - ص ١٣٤ .

(٢) فى بيان بعض أوجه الإختلاف بين العمل القضائى والعمل الولائى راجع : أمينة مصطفى النمر أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١١ - ص ٢٣ وما بعدها .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - رقم ١٣٣ وما بعدها .

وقد ورثنا هذا الخلط عن النظم القديمة ، وبقى أثره فى نظمنا الحديثة متمثلا فى تكليف القضاة بأعمال تخرج عن نطاق وظيفتهم والتى تنحصر أصلاً في حسم الخصومات. أما الثانية فلأن الأعمال الولائية تتصل بعمل القضاء الأصلى على وجه أو على آخر ، وتتعلق بمصلحة خاصة للأفراد، تطبق عليها قواعد القانون الخاص ، فضلا عن توافر ضمانات خاصة فى القضاة من العلم والخبرة ، تسوغ إسناد هذه الأعمال إليهم ، وتجعل الإلتجاء إليهم أجدى وأكثر فائدة (١).

٢- إجراءات دعوة القاضى لمباشرة العمل القضائى تختلف عن تلك المقررة فى العمل الولائى ، فالعمل القضائى وفقا لقانون المرافعات المصرى « المادة ٦٣ منه» يتم بإيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة مستوفية لبياناتها المحددة قانونا، على أن يقوم قلم المحضرين بإعلانها للمدعي عليه فى أجل معين لكى يستطيع إبداء دفاعه ، وسماع أقواله ، لأن الإجراءات فى الأعمال القضائية تتخذ فى مواجهة الخصوم ، بينما الإجراءات في العمل الولائى وفقا للقاعدة العامة المقررة فى المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصرى ، والخاصة بالأوامر على العرائض ، باعتبارها المثال النموذجى للأعمال الولائية (٢)، تكون بتقديم عريضة من نسختين متطابقتين مشتملتين على بياناتها ، دون أن تعلن إلى الطرف الآخر الموجهة ضده ، وذلك لأن الإجراءات فى الأعمال الولائية تتخذ فى غيبة الأشخاص وفى غير مواجهتهم ، ودون إبداء دفاعهم ، وسماع أقوالهم (٣).

---

(١) راجع : محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٤٠ - المرجع السابق - فقرة رقم ٢١ - ص ٢٠ - ٢١ ، عبد الباسط جميعى - الإشارة السابقة .

(٢) راجع : عبد الباسط جميعى - شرح الإجراءات المدنية - المرجع السابق - ص ١٤٨ .

(٣) راجع : أمينة مصطفى النمر - أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية . الطبعة الثالثة ١٩٨٤ - بند ٣٣ - ص ٣٤ .

٣ – تصدر المحكمة عند مباشرة العمل القضائى حكما يتضمن بيانات وخصائص معينة ، تختلف عن تلك التى يتضمنها الأمر الصادر من القاضى عند القيام بالعمل الولائى ، وذلك على النحو التالى :

أ – يستلزم القانون تسبيب الأحكام لخطورة ما يتضمنه القضاء الصادر فيها بالنسبة للأفراد لتكون كافية لبث الثقة فى نفوس المتقاضين،أو كافية لتمكين محكمة النقض من الرقابة والإشراف على صحة تطبيق القانون[١] .

أما الأوامر على العرائض فلا يلزم فيها التسبيب ، اللهم إلا إذا صدر الأمر خلافا لأمر آخر سبق صدوره ، إذ يجب أن يذكر القاضى فى هذه الحالة الأسباب التي دعته لمخالفة الأمر الأول (المادة ٢/١٩٥ من قانون المرافعات) .

ب – تكـون للحكم حجيـة الشىء المقضي به حتى تستقر الحقوق لدى أصحابها ، وحتى لا تتأبد المنازعات [٢].

ولذلك لا يجوز إعادة طرح النزاع من جديد متى سبق الفصل فيه ، بينما الأمر على عريضة وهو قرار يصدر بإجراء وقتي يقوم على وقائع قابلة للتغيير،فإن حجيته تكون وقتية رهينة ببقاء الظروف على حالها ، ولهذا يجوز استصدار أمراً جديداً بإجراء وقتي مخالف بالنسبة لذات الطلب ، على أن يذكر القاضي سبب العدول عن الإجراء الوقتي السابق ، ويتفرع على حجية الشىء المحكوم به بالنسبة للحكم دون الأمر على عريضة ، أنه لا يجوز رفع دعوى مبتدأه بطلب بطلان الحكم لما فى هذا من مساس بالحجية التي تستوجب عدم المساس بالقضاء الذي يتضمنه

---

(١) راجـــع : أحمد أبو الوفا – المرافعات – المرجع السابق – رقم ٥٤٣ – ص ٨٣٤ .

(٢) راجـــع : أحمد أبو الوفا – المرافعات – المرجع السابق – ص ٨٦٠.

وهو مالا تجوز إعادة النظر فيه إلا بالطرق المقررة قانونا ، أى طرق الطعن ، أما الأمر على عريضة ، فيجوز رفع دعوى بطلب بطلانه لانتفاء القضاء فى الأمر ، فلا تكون له حجية تحول دون رفع دعوي البطلان (١) .

جـ- وسيلة التظلم والتشكي من الحكم القضائى هى طرق الطعن المقررة قانونا وأمام محكمة معينة ، لا تختلف باختلاف الطاعن ، بينما التظلم من الأمر على عريضة يكون بطريق التظلم من الأوامر على العرائض ، وتختلف المحكمة المختصة بنظره ، وذلك حسبما يكون المتظلم هو طالب الأمر ، أو الصادر ضده الأمر على عريضة « المواد من ١٩٧ وحتى ١٩٩ من قانون المرافعات المصرى ».

د- لا ينفذ الحكم القضائي إلا إذا حاز قوة الأمر المقضى به أو كان مشمولا بالنفاذ المعجل القضائي أو القانوني ، بينما الأمر الصادر على عريضة يقبل التنفيذ بمجرد صدوره ، وذلك رغم قابليته للتظلم منه ، وذلك لأنه مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون كقاعدة عامة .

هـ- يجب تنفيذ الأمر الصادر على عريضة خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، وإلا فإنه يسقط بقوة القانون دون حاجة لأي إجراء آخر « المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات المصري » ، بينما الحكم القضائى ليس لتنفيذه ميعاداً محدداً، اللهم إلا إذا انقضي الحق المحكوم به قضائيا بالتقادم .

---

(١) راجع : محمد حامد فهمى - المرافعات ، المرجع السابق - ص ٢٢٤ ، عبد المنعم الشرقاوى المرافعات ، المرجع السابق - ص ٢٣٤ .

ثالثا :- تمييز العمل الولائى عن كل من الأعمال القضائية وأعمال الإدارة القضائية البحتة .

أ - تمييزه عن العمل القضائى بالمعنى الضيق [١] :-

إذا كان هناك ثمة إجماع فى الفقه على استقلال العمل الولائى واختلافه عن العمل القضائى بالمعنى الضيق ، إلا أن الفقه الإجرائى قد اجتهد لإيجاد معياراً حاسماً لتمييز هذا العمل الولائى عن الأعمال القضائية بالمعنى الضيق ، ورغم أن جانبا من الفقه قد حاول التقليل من أهمية تمييز العمل الولائى [٢] ، على أساس أن المشرع المصرى قد نظم أهم صور الأعمال الولائية ، وهى الأوامر على عرائض وما دامت إرادة المشرع واضحة فى هذا الشأن ، فمن غير المفيد الإستعانة بأى ضابط من ضوابط التمييز بين العمل الولائى والعمل القضائى[٣] ، إلا أنه قد قيل [٤] أن تنظيم المشرع للأوامر على عرائض ، لا يغنى عن ضرورة تمييز الأعمال الولائية ، لأن هذه الأعمال متنوعة ولا تمثل الأوامر على عرائض سوى إحدى صورها[٥] ، فمثلا يعتبر عملا ولائيا ، حكم إيقاع بيع العقار جبرا[٦] ، وهو لا يصدر

---

(١) راجع فى التمييز بين العمل القضائى والعمل الولائى أمينة النمر - أوامر الأداء - الطبعة الثانية - بند ١٠ وما يليه - ص ٣٠ وما بعدها .

(٢) راجع : محمد حامد فهمى - المرافعات المدنية والتجارية - المرجع السابق - بند ٢٤ - ص ٢٤ أمينة النمر - أوامر الأداء فى القانون المصرى والتشريعات الأجنبية - طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٣٢ ، ٣٣ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٤ - بند ١٣ - ص ٣٧ .

(٣) راجع : أمينه النمر - الإشارة السابقة .

(٤) راجع : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

(٥) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١١٦ - ص ٦٣٠ ، ٦٣١ ، فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٨ - ص ٣٣ .

(٦) راجع : فتحى والى - الإشارة السابقة .

فى صورة أمر على عريضة ، كذلك فإن أحكام الأوامر على عرائض التى نص عليها المشرع المصرى ، وإن كانت تعتبر الإجراءات العادية فى هذا الصدد فإن هناك من القرارات على العرائض فى التشريع المصرى ما تعتبر أعمالا ولائية ولا تخضع لأحكام هذه الأوامر (١)، مثل القرارات الصادرة من غرفة المشورة فى مسائل الأحوال الشخصية « المادة ٨٦٨ وما بعدها من مجموعه المرافعات المصرية لسنة ١٩٤٩ » وقد بقيت هذه المادة رغم إلغاء المجموعة ، «المادة ٨٩٨ وما بعدها من مجموعة المرافعات المصرية لسنة ١٩٤٩»، والصادرة فى مسائل الولاية على المال والتى بقيت رغم إلغاء المجموعة كذلك (٢) ، ولذلك فإن تمييز هذه الأعمال الولائية عن الأعمال القضائية بالمعنى الضيق ، يعتبر أمراً ضرورياً حتى عند الفقه الإجرائى الذى يعتبر الأعمال الولائية أعمالاً ذات طبيعة قضائية ، لأن هذا الجانب من الفقه وإن كان يقرر أن الأعمال الولائية ذات طبيعة قضائية ، إلا أن هذا لا يعنى من وجهة نظره تماثل هذه الأعمال القضائية بشكل تام ، ولكن تظل هناك إختلافات كبيرة بين الأعمال الولائية والأعمال القضائية ، مما يجعل من الضرورى التمييز بين الأعمال الولائية والأعمال القضائية بالمعنى الضيق .

ونظرا لتعدد الإتجاهات فى تمييز العمل الولائى (٣) ، فإننا سوف نستعرض أهم هذه الإتجاهات لتمييز هذه الأعمال الولائية ، ونرجح المعيار الذى نراه حاسما فى هذا الصدد .

---

(١) راجع : أحمد مليجى ، أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٣٦ .

(٢) راجع : فتحى والى - مبادىء قانون المدنى - المرجع السابق - ص ٣٣ - هامش رقم ٢ .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطه القاضى الولائية - المقالة السابقة - ص ٦٢٩ - بند ١١٤
فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - طبعه سنة ١٩٩٣
بند ١٧ - ص ٣٣ .

أولا : - معيار عدم وجود نزاع أو خصم :

ترى غالبية الفقه الإجرائى [١] ، أن العمل الولائى هو الذى يصدره القاضى بـلا نـزاع ولا خصم ، فهو يصدر بعيدا عن أى نزاع أو منازعة ، وبدون وجود أى خصم .

ففى حاله عدم وجود منازعة ، لا يمكن إدراج قرار القاضى فى طائفة الأعمال القضائية ، إذ وجود المنازعة يجعل منه قراراً قضائيا ، بينما فى حالة انتفاءها ، فإنه يعتبر قرارا ولائيا [٢] .

لأن الأعمال الولائية تصدر قبل أن تثور المنازعة أو بعد انتهاء المنازعة ، وحتى إذا صدرت أثناء منازعة قائمة ، فإنها تصدر فى نطاق آخر مستقلاً عن نطاق المنازعة نفسها ، ولا تؤدى إلى إنهاء هذه المنازعة ، ولا تقضى على الخصومة ، ولا تسفر عن تقرير الحق وإسناده لصاحبه ، وإنما هى وسيلة لاتخاذ تدابيراً وقتية

---

(١) راجع : محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن طبعة سنه ١٩٥٧ - الجزء الأول - بند ١٩٢ - ص ٢٣١ ، محمد عبد الخالق عمر - فكرة عدم القبول فى القانون القضائى الخاص - رسالة باللغة الفرنسية - باريس - سنه ١٩٦٧ بند ٢٠٧ - ص ١٠٢ ، ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٣٣ - ص ٩٨ وما بعدها . وفى دراسة الضوابط أو المعايير الشكلية المقترحة للتمييز بين العمل القضائى والعمل الولائى ، والتى تعتد بطبيعة الاجراءات التى تتبع عند الالتجاء الى القضاء راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة والمراجع المشار إليها ، وكتابه شرح الإجراءات المدنية - ص ١٤٧ ، وفى نقد هذا المعيار . راجع عبد الباسط جميعى : الإشارة السابقة .

(٢) راجع : محمد عبد الخالق عمر - فكرة عدم القبول فى القانون القضائى الخاص - الرسالة السابقة بند ٢٠٧ - ص ١٠٢ .

للمحافظة على الحق أو الكشف عنه ، دون مساس بأصل الحق ، ودون أن تؤثر فى جوهره [١] .

ويذهب البعض من أنصار هذا الإتجاه إلى أن معيار التمييز بين العمل القضائى والعمل الولائى يرتد إلى طبيعة العقبة التى يجب إزالتها بمعرفة القضاء ففي العمل القضائى ، تنشأ هذه العقبة فى صورة نزاع بسبب تطبيق القانون فى الحيـــاة العملية ، فى حين أن العقبة فى العمل الولائى هى التى ينشؤها القانون ذاته،ولا تشتمل على أي نزاع بين مصالح متعارضة ، إذ فيصل التفرقة بين صورتى التدخل القضائى يرجع إلى وجود نزاع فى العمل أو انتفاء وجوده [٢] .

ولا شك فى أن انعدام المنازعة يعنى فى ذات الوقت عدم وجود أى منازع ولذلك نجد أنصار هذا الرأى يعتقدون أن الخصائص الأساسية للأعمال الولائية تنحصر فى ظاهرة مزدوجة ، وهى عدم وجود المنازعة وعدم وجود خصم ، ومن ثم إذا كان العمل صادرا فى منازعة أوله صلة بها ، أو صادرا فى مواجهة خصم ، فإنه يعتبر عملا قضائيا [٣] .

---

(١) راجع فى بيان هذا المعيار بالتفصيل - عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ١٢١ - ص ٦٣٢ .

(٢) راجع : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٣٣ ص ٩٨ ، ٩٩ .

(٣) راجع : محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى - المرجع السابق - الجزء الأول بند ١٩٢ - ص ٢٣٠ محمد عبد الخالق عمر - فكرة عدم القبول - الرسالة السابقة - بند ٢٠٧ - ص ١٠٢ ، إبراهيم نجيب سعد - قانون القضاء الخاص - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٣٣ - ص ٩٨ وما بعدها . وراجع تحليلا لهذا الرأى : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٣٧ وما بعدها ، حيث استعرض سيادته الصعوبات العديدة التى يثيرها تطبيق هذا الرأى فى الواقع العملى .

وقد أخذ المشرع الفرنسى بمعيار عدم وجود نزاع أو خصم لتمييز العمل الولائى عن العمل القضائى بالمعنى الضيق ، وذلك فى القانون الصادر فى ١٥ يوليو سنة ١٩٤٤ ، والصادر بتنظيم أعمال غرفة المشورة [١] ، كما أخذ به فى قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٧٥ ، فى المادة ٢٥ والمادة ٤٩٣ ، حيث يظهر بوضوح أخذ المشرع الفرنسى بهذا الرأى الذى يبنى على معيار عدم وجود نزاع أو خصم .

ويلاحظ ان هذا الراى قد تعرض للعديد من الإنتقادات [٢] :-

فقد انتقده جانباً من الفقه [٣] على أنه معياراً سلبياً يميز الأعمال الولائية بطريقة سلبية ، ويؤدى إلى توسيع نطاق هذه الأعمال ، بحيث يدخل فيها كل ما تقوم به المحاكم من أعمال لا تعد قضائية بالمعنى الدقيق ، أى لا تكون فصلا فى نزاع ، بل يدخل فيها أعمالا لا تنتمي إطلاقا إلى الوظيفة القضائية ، وهى أعمال الإدارة القضائية [٤] .

كذلك فإن فكرة النزاع فى ذاتها غامضة ، ومحل خلاف بين الفقهاء ، بحيث يصعب تحديد المقصود بها بصورة قاطعة ، ولذلك فإن هذه الفكرة الغامضة والمنتقدة

---

(١) راجع هذا القانون المنشور فى الجازيت دى باليه - سنه ١٩٤٤ - ص ٢٤١ ، وراجع تعليق الفقيه الفرنسى هيبرو على هذا القانون بد اللوز - سنه ١٩٤٦ - ص ٣٢٣ وما بعدها .

(٢) راجع فى عرض هذه المآخذ - أحمد مليجى - أعمال القضاة - ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ١٢٤ - ص ٦٣٤ .

(٤) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة السابقة - ص ١١٧ ، ١١٨ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - وما أشار إليه من مراجع ص ٢٨٠ .

لن يجدي اللجوء إليها لتمييز الأعمال الولائية بصورة قاطعة (١) .

فضلاً عن كونه معيارا شكلياتحكمياً ، فهو يهمل الجانب الأساسى في عمل القاضى ، وهو طبيعته الذاتية ، ويستند إلى عناصر خارجية عنه هى الإجراءات المتبعة أمام القاضى أو بمعرفته،وهى عناصر لا تدخل فى تكوينه وليست من مقوماتة (٢).

وإذا كان المعيار المتقدم مقتضاه « أن الأعمال القضائية تقوم على أساس المنازعة وحسم الخصومة ، أما الأعمال الولائية ، فتتميز بعدم وجود المنازعة وتصدر دون خصومه،فهى لا تتضمن حسما للنزاع لأنها تصدر إما قبل أن تثور المنازعة أو بعد انتهائها ، ولا تسفر عن تقرير الحق وإسناده لصاحبه ، بل هى وسيلة لاتخاذ تدابيراً وقتية للمحافظة على الحق أو الكشف عنه ، دون أن تمس هذا الحق (٣) .

فإن هذا المعيار غير دقيق لأن بعض الشراح يعتبر العمل قضائيا إذا اتخذ فى منازعة أو كانت له صلة بها حتى ولو تم قبل رفع الدعوي ، أو أثناءها أو حتى بعد

---

(١) راجع : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٤٠ ، وفى عرض الانتقادات التى وجهت لفكرة النزاع عند محاولة جانب من الفقه الاجرائى اتخاذها معيارا لتمييز العمل القضائى راجع : أحمد مليجى موسى - المرجع السابق - ص ١٠ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا المرافعات - المرجع السابق - ص ٨٢٠ ، عبد الباسط جميعى - المقالة - ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) راجع فى هذا كله : عبد الباسط جميعى : المقالة السابقة والمراجع المشار إليها ، وكتابه شرح الإجراءات المدنية - ص ٤٧ .

(٣) راجع : العشماوى المرجع السابق - ص ٢٣١ .

الفصل فيها (١). كما يعتـــبر البعض الآخر العمل قضائيا إذا تعلق بنزاع ولو كان محتملا ، حتى ولو صدر عن القاضى دون منازعة (٢) .

ومن جهة إخرى ، يؤدى معيار انعدام المنازعة ، وكما يقول البعض ، إلى انكماش دائرة الأعمال الولائية ، بحيث لا تشمل إلا الأعمال التنظيمية للقضاء وأعمال التوثيق ، وبعض أعمال التصديق ، وهو ما يخالف طبيعة الأعمال الولائية ونطاقها الذى يتسع لغير هذه الحالات (٣) .

فالقضاء الولائي يصدر قرارات بإجراءات وقتية أو تدابير لا تتضمن فصلاً فى منازعات بين الخصوم وحسما لها ، ومثالها ، إتخاذ إجراءات المحافظة على حقوق ناقصي الأهلية وفاقديها ، ووضع الأختام على الأموال والتركات والمحافظة على الأموال المحجوزة ، وتعيين الحراس على الأموال والإذن بتوقيع الحجوز التحفظية ، وحجز ما للمدين لدى الغير ، وإثبات اتفاقات الخصوم على الصلح فى الدعوى ، وبالتالى فوظيفة المحاكم لا تقتصر على الفصل فى المنازعات بين الخصوم ، وإصدار الأحكام فى الدعاوى ، أى القيام بالأعمال القضائية « القضاء بالمعنى الدقيق » وإنما تقوم المحاكم فضلا عن هذا ببعض أعمال تخرج أصلا عن وظيفة القضاء ، ولكنها أسندت إلى القضاة لاعتبارات خاصة ، سواء كانت اعتبارات تاريخية ، أو اعتبارات عملية وبالتالى ، فإن دائرة الأعمال الولائية لا تقتصر فقط على الأعمال التنظيمية

---

(١) راجع : أحمد أبو الوفا - المرافعات - المرجع السابق - ص ٨٢٠ ، وما أشار إليه من مراجع .

(٢) راجع : أحمد أبو الوفا - الإشارة السابقة .

(٣) راجـع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائيـة - المقالة السابقـة - رقم ١٣٣ وما بعدها .

للقضاء ، وأعمال التوثيق وبعض أعمال التصديق ، ولكنها تمتد لتشمل العديد من الأعمال الأخرى السابق ذكر أمثلة لها .

ثانيا: المعيار الشكلي الإجرائي « معيار إجراءات الالتجاء إلى القضاء » :-

حاول جانب من الفقه أن ينظر إلى العمل الولائى نظرة شكلية ، حيث يميزه بالإجراءات التى ينبغى أن تتبع لإصداره ، إذ يصدر هذا العمل الولائى بناءً على عريضة تقدم للقاضى ولا تعلن إلى طرف آخر ، ويصدره القاضى بلا تحقيق أو تسبيب ، وفى غرفة المشورة وفى غير جلسة علنية ، كما أنه يصدر دون حاجة إلى سماع وجهة نظر الأشخاص الذين قد تتأثر مصالحهم بالعمل الصادر من القاضى ، ولا توجد فى العمل الولائى مواجهة بين طرفين ، وهذا يرجع إلى أنه لا توجد سوى مصلحة واحدة ، وهى مصلحة طالب إصدار العمل الولائى وذلك على خلاف الخصومة القضائية التى تتميز بوجود مصلحتين متعارضتين لطرفين مختلفين ، كذلك فإن العمل الولائى يصدر فى شكل أمر وليس فى شكل حكم (١) .

وقد تعرض هذا الرأى هو الآخر للنقد من جانب الفقه (٢) . باعتبار أنه

---

(١) راجع : أحمد مسلم - أصول المرافعات - طبعة سنه ١٩٧١ - بند ٥٩٨ - ص ٦٤٤ ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - ص ٧١ ، وراجع فى دراسة وتحليل هذا الرأى : فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المراجع السابق - بند ١٨ - ص ٣٣ ، محمد عبد الخالق قانن المرافعات - المرجع السابق - ص ٧٠ ، ٧١ ، أحمد مليحى موسى - أعمال القضاة المرجع السابق - ص ١٤٠ وما بعدها ، عبد الباسط جميعى سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - رقم ١٣٣ وما بعدها .

(١) راجع فى نقد هذا الرأى ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - المرجع السابق - بند ٥٦٤ - ص ٧٥٥ ، فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ٣٣

======

يستند فى أساسه على معيار شكلى محض ، حيث يجب التركيز فى تمييز العمل الولائى على مضمونه ، وليس على الشكل الذى يتخذه عند إصداره ، كما وأن هذا الرأى يصلح أساسا لتبرير نوعاً معيناً من الأعمال الولائية ، وهى الأوامر على عرائض ، وهى لا تشمل جميع الأعمال الولائية ، بل هى إحدى صور النشاط الولائى الذى يباشره القضاء ، ولأجل هذا ، فإن هذا الرأى لا يكون صالحا كأساس لتمييز جميع صور النشاط الولائى الذى يباشره القاضى .

هذا فضلا عن أنه يكون من اللازم فى بعض الأحيان لإصدار العمل الولائى ، إعلانه للطرف الآخر (١) ، ولا يغير هذا من الطبيعة الولائية لهذا العمل .

كما تقوم المحاكم فى بعض الأحيان بأعمال قضائية فى غرفة المشورة (٢) .

= ص ٣٤ ، ابراهيم نجيب سعد . القانون القضائى الخاص - المرجع السابق - بند ٣٠ ص ٩٤ ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٧١ ، وراجع أيضا عبد الباسط جميعى سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - رقم ١٣٣ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها .

(١) ومن ذلك طلب المعونه القضائيه ، وذلك طبقاً للمادة ٢٤ من القانون رقم ٩٠ لسنه ١٩٤٤ والخاص بالرسوم القضائية فى مصر .

(٢) مثل نظر التظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير ، وذلك طبقا للمادة ١٦١ من قانون الإثبات المصرى .

كذلك قد تأخذ بعض الأعمال الولائية شكل الأحكام القضائية مع احتفاظها بطبيعتها الولائية [١] .

ثالثا : معيار مدى سلطة القاضي :-

نظر جانب من الفقه [٢] إلى السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي عند إصداره للعمل الولائي ، والتي تفوق في مقدارها تلك السلطة التي يتمتع بها في العمل القضائي ، حيث يشبه الموظف الإداري من حيث اتساع سلطته .

إذ هو – أي القاضي – لا يلتزم بإجراء تحقيق أو بالاعتماد على الوقائع التي تقدم إليه بواسطة الخصوم ، كما لا يتقيد بقواعد الإثبات المقررة قانونا ويصدر قراره على أساس اعتبارات الملاءمة ، بل إنه يستطيع أن يصدر قراره وفقاً لمعلوماته الشخصية،وذلك بعكس السلطة التي يتمتع بها القاضي عند

---

(١) ومثال ذلك حكم قاضي التنفيذ بإيقاع بيع العقار .

(٢) راجع في تحليل هذا الرأي : فتحي والي – مبادئ قانون القضاء المدني – المرجع السابق بند ١٨ – ص ٣٤ ، إبراهيم نجيب سعد – قانون القضاء الخاص – المرجع السابق – بند ٣١ ص ٩٦ ، محمد عبد الخالق عمر – قانون المرافعات – المرجع السابق – ص ٦٩ ، أحمد مليجي – أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، وفي دراسة معيار سلطة القاضي وغيرها من المعايير الموضوعة التي وضعت للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي راجع : عبد الباسط جميعي : سلطة القاضي الولائية – المقالة السابقة – رقم ١٣٣ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها.

إصداره للعمل القضائى ، حيث تكون سلطته مقيدة يلتزم فيها القاضى بتحقيق ادعاءات ومزاعم الخصوم ، والاعتماد على الوقائع المعروضة عليه منهم ، وأيا كان الأمر ، فإن القاضى فى إصداره للعمل الولائي لا يتمتع بسلطة تقديرية مماثلة للسلطة التى يتمتع بها عند اتخاذه للعمل القضائى (١) .

وهذا المعيار لم يسلم بدوره من النقد وذلك لعدم دقته ، لأنه أيا كانت سلطات القاضى بالنسبة للعمل الولائى ، فإنها لا تصلح أساسا لتمييزه ، لأنه لا صلة لها بجوهر العمل ، إذ لتمييز العمل عن غيره ، يجب النظر إلى مضمون العمل (٢). فقد تكون للقاضى سلطات واسعة عند إصداره لبعض الأعمال القضائية (٣) ، كذلك فإن القاضى فى ممارسته لسلطته الولائية يلتزم باحترام القانون وبمراعاة الشروط المتطلبة لإصدار العمل الولائى ، ويجب عليه أن يمارس سلطته التقديريه فى هذا النطاق (٤) .

كما أن القاضى قد يلتزم فى بعض الأحيان بإجراء تحقيق قبل إصداره للعمل الولائى (٥) ، بل قد تنعدم سلطة القاضى عند إصداره

---

(١) راجع : محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٧١ .

(٢) راجع : فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٨ - ص ٣٤ .

(٣) ومن ذلك ، سلطه القاضى فى منح مهلة للمدين للوفاء بدينه ، أو فى فرض غرامة تهديدية عليه ، وكذلك سلطته فى دعوى الفسخ .

(٤) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة السابقة - ص ١٢٠ ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٦٩ ، فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٨ - ص ٣٤ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٩٦ .

(٥) راجع : فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٨ - ص ٣٤ .

لبعـض الأعمـال الولائيـــة [١].

رابعا : معيار عدم تمتع العمل الولائي بحجية الأمر المقضى[٢] : -

ذهب جانب من الفقه الإجرائى إلى أن ما يميز العمل الولائى هو عدم تمتعه بحجية الأمر المقضى ، فالأعمال الولائية لا تتمتع بهذه الحجية ، ونتيجة لذلك ، فإنه يجوز للقاضى العدول عن الأعمال الولائية ، كما يجوز بالنسبة لها رفع دعوى بطلان أصلية [٣] .

وهذا المعيار لم يسلم من النقد [٤] ، فعدم تمتع العمل الولائى بحجية الأمر المقضى ، يعتبر نتيجة لكونه عملا ولائيا ، ولا تصلح النتيجه لتمييز العمل الولائى حيث لا يمكن الأخذ بالنتيجة المترتبة على العمل ، واعتبارها معيارا للتعرف على طبيعته [٥] .

---

(١) كما هو الحال فى الأعمال الترثيقية البحتة . وراجع فى توضيح ذلك : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة السابقة - ص ١٢٠ ، فتحى والى - مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٨ - ص ٣٤ .

(٢) فى دراسة معيار اكتساب العمل لحجية الأمر المقضى راجع : عبد الباسط جميعى : سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - رقم ١٣٣ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها.

(٣) راجع فى عرض وتحليل هذا الرأي : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ - ص ٦٣٦ ، ٦٣٧ ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٧٠-حيث أشار سيادته إلى صاحب هذا الرأى ، وهو الفقيه جابيو ، وملاحظاته فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنه ١٩١٢ - ص ٧٨١ .

(٤) راجع فى نقد هذا الرأى عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقه بند ١٣٤ - ص ٦٣٩ .

(٥) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١٣٤ - ص ٦٣٩ .

خامسا : المعيار العضوى (إختصاص العضو القائم بالعمل) :-

حاول جانب من الفقه التعرف على العمل الولائى وتمييزه عن طريق القاضى المختص بإصداره ، وهو قاضى الأمور الوقتية الذى يمارس اختصاصه فى غرفه المشورة [١] .

وقد انتقد جانب من الفقه هذا المعيار [٢] باعتباره لا يصلح كأداة للتمييز بين العمل الولائى والعمل القضائى ، لأن إسناد الإختصاص بالعمل الولائى لقاضى معين يختلف تبعاً لإرادة المشرع ، فقد يعهد المشرع بكافة الأعمال الولائية لجميع القضاة أو لكل قاض بالنسبة للمنازعات التى تنظر أمامه ويكون مختصا بها [٣] ، فتوزيع الإختصاص بالأعمال الولائية يتوقف أساساً على السياسة التشريعية ، وهو أمراً خارجاًعن محتوى هذه الأعمال ، ولذلك لايمكن الإستناد الى اختصاص العضو القائم بالعمل لتمييزه عن غيره من الأعمال .

سادسا : معيار الأسلوب الولائى :-

يرى جانب من الفقه [٤]أنه لكى نميز العمل الولائى عن العمل القضائى يكون من الواجب أن نركز على أسلوب أداء الحماية القضائية المطلوبة ، فإن كان العمل القضائى يتم وفقا للأسلوب القضائى ، فإن هناك كذلك أسلوبا ولائيا فى منح الحماية القضائية ، ويرتكز أساسا على فكرة الإختصار ، وعدم التقيد بأشكال معينه بذاتها .

---

(١) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١٣٠ وما يليه - ص ٦٣٦ ، ٦٣٧ حيث قام سيادته بعرض وتحليل هذا الرأى .

(٢) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١٣١ ، ١٣٢ - ص ٦٣٧ .

(٣) كالأمر بتقصير المواعيد ، إذ يختص به القاضى الذى يكون النزاع مطروحا أمامه .

(٤) راجع : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - طبعة سنه ١٩٧٦ ص ١٩.

وقد ضرب الفقه المؤيد لهذا المعيار مثالا توضيحياً له [١] ، وهو العقد الذى يرغب أطرافه فى توثيقه أمام القضاء ، فيبادرون برفع دعوى أمام القضاء ، وذلك للحصول على حكم بصحة هذا العقد ، أى حكما بتوثيق العقد ، وهذا يجعلهم يتفادون المنازعات المتعلقة بهذا العقد مستقبلا ، وهذا الحكم يعتبر من وجهة نظره – أى هذا الجانب من الفقه – عملا ولائيا ، لصدوره بناء على إجراءات مختصرة .

وقد انتقد جانب من الفقه [٢] هذا المعيار ، باعتباره معيارا شكليا محضا ، لأنه سوف يؤدي إلى تمييز العمل الولائى عن طريق الأسلوب المختصر الذى يؤدى به،أى وفقاً للإجراءات التي تتبع فى إصداره ، مما يعرضه للإنتقادات التي تعرض لها المعيار الشكلى الإجرائى المذكور من قبل [٣] .

سابعا : - معيار الدور المنشيء : [٤]

الفكرة الأساسية التى يقوم عليها هذا المعيار ، هى أن العمل الولائى يتميز بدوره المُنشيء ، فهو يهدف إلى إنشاء مركز قانونى جديد ، بينما العمل القضائى

---

(١) راجع : محمد عبد الخالق عمر – الإشارة السابقة .

(٢) راجع : أحمد مليجي – أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٤٥ .

(٣) فى بيان الإنتقادات التى تعرض لها المعيار الشكلى الاجرائى راجع : ما سبق ص ٣٩وما بعدها .

(٤) فى تأييد هذا المعيار راجع : فتحي والي – مبادىء قانون القضاء المدنى – المرجع السابق بند ١٨ – ص ٣٥ ، ٣٦ ، وقد أشار سيادته للفقه الإيطالى المؤيد لهذا الإتجاه ، وجدى راغب النظرية العامة للعمل القضائى – الرسالة السابقة – ص ١٢١ ، ١٢٢ ، وفى عرض وتحليل هذا المعيار راجع : أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٤٥ وما بعدها .

موضوعه رابطة قانونية سابقة (١) ، أى سبق تكوينها ، ويرمى إلى تطبيق إرادة القانون وحلولها محل إرادة الأفراد لكى تحقق تلك الرابطة القانونية هدفها (٢) .

فى حين أن العمل الولائى لا يفترض رابطة قانونية سابقة ، وإنما يهدف إلى مساعدة الفرد على تحقيق إرادته (٣) .

ولقد انتقد جانب من الفقه (٤) هذا الإتجاه على أساس أنه لا يصلح لتمييز العمل الولائى ، ذلك أن التمييز بين الأعمال المنشئه والأعمال التقريرية التى يقوم بها القاضى ، هى تفرقه دقيقة ، ومحل خلاف بين الفقه الإجرائى حتى الآن ولذا فإنه فى أغلب الأحيان يكون من الصعب وصف عمل ما بأنه عملاً منشئاً أو عملاً تقريريا (٥) .

كذلك فإن هناك كثيرا من الأعمال الولائية التى تعتبر ذات أثر تقريرى،مثل التبنى فى فرنسا ، وإثبات الوفاة ، وإعلام الوراثه ، بل إن هناك من الأعمال القضائية ما يكون منشئا .

(١) راجع : فتحى والى – مبادىء قانون القضاء المدنى – بند ١٨ – ص ٣٥ .

(٢) راجع : فتحى والى – الإشارة السابقة .

(٣) راجع : فتحى والى – مبادىء قانون القضاء المدنى – المرجع السابق – بند ١٨ – ص ٣٥ .

(٤) راجع : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – المرجع السابق – بند ٣١ – ص ٩٧ محمد عبد الخالق عمر – قانون المرافعات – المرجع السابق – ص ٦٩ ، ٧٠ ، أحمد مليجى أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٤٧ ، ١٤٨ .

(٥) فهناك أحكام مختلفه على طبيعتها (تقريريه أو منشئة) مثل الحكم ببطلان الزواج ، فجانب من الفقه يعتبره حكما منشئا ، وآخر يعتبره حكما تقريريا . راجع فى ذلك : إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – بند ٣١ – ص ٩٧ .

ثامنا :- معيار التفرقه بين الوسيلة والنتيجة :-

يرى جانب من الفقه [١] أن معيار التفرقة بين العمل الولائى والعمل القضائى ينحصر فى التمييز ما بين الوسيلة والنتيجة ، فإذا كان عمل القاضى يتمخض عن نتيجة قررها على أساس بحثه للمنازعة المطروحة عليه ، وقيامه بتطبيق القانون على ما ثبت لديه من وقائع ، فإن عمله فى هذا المقام يعتبر قضاء ، ولا يمنع ذلك من اقتران قضائه هذا بأمر يصدره بموجب ماله من سلطة الأمر ، ليثبت به قضاؤه ويجعل له قوة الإلزام [٢] .

أما إذا كان عمل القاضى مجرد وسيلة للكشف عن الحق ، أو لحفظه، أو لضمان مطابقة تصرفاً أو مركزاً قانونياً معيناً للقانون ، فإن عمله فى هذا المقام لا يعدو أن يكون عملا ولائيا نابعا من سلطته الولائية،أى من سلطة الأمر المسندة إليه بالضرورة بحكم وظيفته [٣].

فالأساس فى هذا المعيار ، هو استناده على وصف العمل بحسب طبيعته ، فإن كان العمل وسيلة ، كان عملا ولائيا ، وإن كان نتيجة ، كان عملا قضائيا ، فالأساس فى تمييز العمل الولائى وفقا لهذا المعيار، هو أنه

---

(١) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١٤٥ - ص ٦٤٥ ، أمينة مصطفى النمر أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - بند ١٠ ص ٣٣ .

(٢) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١٤١ وما يليه - ص ٦٤٣ وما بعدها أمينة مصطفى النمر - أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية - المرجع السابق بند ١٠ - ص ٣٣ .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى - المقالة السابقة - بند ١٤٥ - ص ٦٤٥ .

عملاً وسيلياً منبثقاً من سلطة الأمر التى يتمتع بها القضاة (١) .

تاسعا وأخيراً : المعيار المختلط لتمييز العمل الولائى :-

(ضرورة النظر إلى شكل العمل ومضمونه فى نفس الوقت) : -

يرى جانب من الفقه الإجرائى(٢) ويحقق ضرورة النظر إلى شكل العمل ومضمونه في نفس الوقت ، وذلك عند تمييز العمل الولائى عن العمل القضائى بالمعنى الضيق، فلا يكتفى بشكل العمل ولا بمضمونه بل لابد من المزج بينهما ، فمن حيث الشكل يتميز العمل الولائى بأنه يصدر طبقا لإجراءات مختصرة (٣) لا تماثل الإجراءات التى تتبع فى إصدار العمل القضائى ، إذ للعمل الولائى نظامه الإجرائى الخاص ، فهو يصدر بناء على عريضة لا تعلن لطرف آخر ، وبلا مواجهة بين طرفين ويصدر فى شكل أمر وليس فى شكل حكم (٤) .

---

(١) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطه القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ١٤٨ ص ٦٤٦ ، أمينة النمر -- أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية - الإشارة السابقة .

(٢) راجع : أحمد مليجى موسى - اعمال القضاة - الأعمال القضائية، الأعمال الولائية ، الأعمال الإدارية - المرجع السابق - ص ١٥١ وما بعدها . حيث يعتقد سيادته أنها أفضل طريقة لتمييز العمل الولائى عند غموض النصوص التشريعية وعدم وضوح إرادة الشارع بشأن بيان طبيعه بعض أعمال القضاة ، وقد حاول سيادته تطبيق ذلك على نوع من الأعمال التى ثار الخلاف بشأن طبيعتها ، وهى أوامر أداء الديون الثابتة بالكتابة .

(٣) كما لاحظ البعض ذلك راجع : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - الجزء الأول المرجع السابق - ص ١٩ .

(٤) راجع : أحمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٥١ .

أما من حيث مضمون العمل الولائى ، فإن ماده هذا العمل لا تتكون إلا من عنصر وحيد ، هو عنصر الإلزام . وبذلك تختلف مادة العمل الولائى عن مادة العمل القضائى التى تتكون من عنصريين متلازمين ، هما التقرير والإلزام ، فالقرار الولائى لا يتضمن سوى سلطه الأمر (الإلزام) دونما تقريراً للحق [١]، أما القرار القضائى ، فإنه يتضمن تقريرا للحق مقرونا بالإلزام [٢] .

وبناءً على ذلك ، إذا أمسك المشرع عن الإفصاح عن إرادته بشأن عمل ما ، بحيث يصعب التعرف على طبيعة هذا العمل الصادر من القضاء وما إذا كان يعتبر عملا قضائيا أم ولائيا ، نظرا لعدم وضوح النصوص التشريعية المنظمة له ، فإنه ينبغى لكى نتعرف على طبيعة هذا العمل ، أن نبحث مادته وشكله ، فإذا كانت مادته عبارة عن عنصر الإلزام فقط ، وصدر وفقا لإجراءات مختصرة ، فإنه يعتبر عملا ولائيا [٣].

(ب) تمييزه عن أعمال الادارة القضائية البحتة : -

بالإضافة إلى الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحته ، والأعمال ذات

---

(١) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ١٤١ ص ٦٤٣ .

(٢) راجع : أحمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٥٢ .

(٣) راجع : أحمد مليجى - الإشارة السابقة ، وراجع فى تطبيق هذا المعيار المختلط على أوامر الأداء ، وبيان طبيعتها التى ثار جدلا شديدا فى الفقه حولها ، المرجع السابق لأحمد مليجى موسى - ص ١٥٢ وما بعدها .

الطبيعة الولائية التى يمارسها القضاة ، فإن هناك أعمالا يمارسها مرفق القضاء تتعلق بتنظيمه وحسن سيره ، ومنها على سبيل المثال ، توزيع القضايا على الدوائر المختلفة ، وتنظيم جداول الجلسات ، وتحديد مواعيدها وتحديد ساعه بدء الجلسة وإدارة الجلسه وضبط النظام بها ، وتحديد المواعيد التى تؤجل إليها القضايا ، إلى غير ذلك من أعمال الإدارة القضائية .

وهذه الأعمال التى تهدف إلى تنظيم سير العمل الداخلى فى المحاكم عرفها البعض بأنها أعمال الإدارة القضائية البحته ، والبعض الآخر أطلق عليها إسم النشاط الإدارى الخادم ، على أساس أن القضاء كوظيفة فنية يحتاج إلى نشاط إدارى يخدمه ويساعده فى تحقيق أغراضه ، وهذا النشاط يتمثل فى تلك الأعمال ، كما عرفه البعض الآخر بأنها أعمال الإدارة القضائية [١] .

وقد ذهب جانب من الفقه [٢] إلى التفرقة بصدد أعمال الإدارة القضائية بين الأعمال التى ترتبط بخصومة قضائية ، وتهدف إلى تنظيمها وحسن سيرها ، مثل القرارات التى تحدد المواعيد التى تؤجل إليها القضايا

---

(١) راجع : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – الجزء الأول – المرجع السابق ص ٢١ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٧٨ ، وفى سلطة القاضى الادارية راجع : نبيل اسماعيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى بند ١٥ ، ١٦ ، ص ٢٦ ، ٢٧ .

(٢) راجع : جابيو – دراسة موجزة لقانون المرافعات المدنية والتجارية – باريس – سنه ١٩٣٥ بند ١٥ – ص ١٣٥ .

وبين الأعمال التى تهدف إلى التنظيم الداخلى للمحاكم ، مثل قرارات توزيع القضايا على الدوائر المختلفة ، أو قرارات تعيين موظفى المحاكم بحيث تعتبر الأعمال التى ترتبط بخصومة ذات صفه شبه قضائية ، نظرا لارتباطها بخصومة قضائية ، بينما تعتبر الأعمال الأخرى ، أعمالا إدارية بحتة .

وقد انتقد جانب من الفقه [١] هذه التفرقه ، على أساس أن الإرتباط أو التبعية لايكفيان لمنح الصفة القضائية للأعمال التى يباشرها القضاة ، بل يجب أن يكون العمل فى ذاته يماثل العمل القضائى ، سواء من الناحية الشكلية أومن الناحية المادية [٢] ، ولذلك اتجه هذا الجانب من الفقه الإجرائى المشار إليه ويحق إلى أن كافة الأعمال التى ترمى إلى تنظيم سير العمل الداخلى فى المحاكم ، تعتبر أعمالا ذات طبيعة إدارية بحتة ، ولا يندرج فى هذه الأعمال الإجراءات القضائية [٣] ، لأن هذه الأعمال تمثل نشاطا أصيلا يستهدف سير مرفقاً عاماً من مرافق الدولة ، هو مرفق القضاء وتؤدى إلى تمكين هذا المرفق من أداء نشاطه القضائى ، وهى بهذا خارجة

---

(١) راجع فى عرض هذا الرأى ونقده : ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - المرجع السابق - بند ٣٣ - ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - المرجع السابق ص ١٨٠ ، ١٨١.

(٢) راجع : أحمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٨٠ .

(٣) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - المرجع السابق - ص ١٣٦ .

عن هذا النشاط ، بينما الإجراءات القضائية تعتبر وسيلة لأداء النشاط القضائى وليست خارجة عن هذا النشاط ، كما أنها لا ترمى إلى تنظيم سير العمل الداخلى فى المحاكم ، ولذلك لا تندرج هذه الإجراءات فى أعمال الإدارة القضائية ذات الطبيعة الإدارية البحتة [١].

ومن الملاحظ أن أعمال الإدارة القضائية جميعها لا تعتبر أعمالا ولائية لأنها وبالنظر إلى طبيعتها الإدارية البحتة [٢]، لا تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد ، وإنما تتعلق بحسن إدارة المرفق العام للقضاء فهى من أعمال الإدارة الداخلية التى تستقل بها كل سلطة من سلطات الدولة بالنسبة لشئونها ، والسلطة القضائية باعتبارها إحدى سلطات الدولة تستقل بإدارة شئونها ، وذلك عن طريق أعمال الإدارة القضائية ، والتى لا تعتبر كذلك من قبيل الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة ، لاختلافها عنها ، سواء من الناحية المادية ، أو من الناحية الشكلية [٣].

ونتيجة لذلك ، فإن أعمال الإدارة القضائية لا تخضع للنظام القانونى الذى تخضع له الأعمال الولائية ، كما لا تخضع أيضاً للنظام القانونى الذى تخضع له الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة .

---

(١) راجع : أحمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٨١ .

(٢) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة السابقة - ص ١٣٥ ، ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٣٣ - ص ١٠٥ .

(٣) راجع : عبد الباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - بند ٦٧ - ص ٦٠٦ ، فتحى والى مبادىء قانون القضاء المدنى - بند ٢١ - ص ٤٠ ، أحمد مليجى - أعمال القضاة - المرجع السابق - ص ١٧٩ .

الفصل الثاني

الخصائص المميزة لنظام الأوامر على عرائض[1]

للأعمال الولائية نظامها القانوني الخاص ، والذى يعد انعكاساً للطبيعة الخاصة التى تتمتع بها ، تلك الطبيعة التى هى مزيجاً من الطبيعة القضائية

---

(١) فى دراسة القواعد التى تحكم الأوامر على عرائض . راجع :

SOLUS et PERROT : La procédure civile non contentieuse en droit Judiciaire , Trav . inst . dr . conys , Univ . Paris et cujas 1966 - T - XXX . P.230 et s ; Bolard ' liberté des parties dans la procédure gracieuse - D . S . 1976 chr 53 ; Hazard : la Juridiction gracieuse , Mel . Marty , 1978 . P . 621 ets. zaghloul : la Juridiction gracieuse , These , Lyon , 1981 ' Bergel ' la juridiction gracieuse en droit Français , D . S . 1983 , chron .153 Juridiction gracieuse et matière contentieuse , D . S . 1983 ch 163 ; Dominique , Le Ninivin (D.) , la Juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile , LITEC , paris , 1983.

وأنظر كذلك : أحمد مسلم - أصول المرافعات - ١٩٧١ - بند ٥٩٩ - ٦٠٢ ، ص ٦٤٥ - ٦٤٩ ، حسن الليبدى : الأوامر على العرائض فى قانون المرافعات المصرى - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - سنة ١٩٧٨ - بند ٢٢١ ومايليه ص ٢٤٤ ومابعدها ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ ١٩٨٣ ص ١٠٧ ومابعدها ، معوض عبدالتواب - الوسيط فى قضاء الأمور المستعجلة - منشأة المعارف - الأسكندرية ص ٨٣١ ومابعدها ؛ محمد نور شحاته : الوجيز فى قانون القضاء المدنى والتجارى - جـ ١ - النظام القضائي - ١٩٨٧ - حقوق بنى سويف ص ٩٩ ومابعدها ، محمود هاشم - قانون القضاء المدنى - ط ٢ - ١٩٩٠ - دار التوفيق للطباعة والنشر بند ٩٣ ومايليه ص ١٥٧ ومابعدها ، مصطفى هرجة : الأوامر على العرائض - ١٩٩٠ ، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية - ط ١٠ - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية بند ٧٣ ومايليه - ص ١٢٢ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - الأوامر علي عرائض وأوامر الأداء - المقالة - ص ٦٩ ومابعدها أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٤٢ ومايليه ص ٢٦٧ ومابعدها ، أحمد مليجى موسى : أعمال القضاة - ص ١٧٣ ومابعدها ، محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه -ج١ - ط ٣ - ١٩٩٥ - دار الطباعة الحديثة ص ١٩٩١ ومابعدها ، وجدي راغب. التنفيذ القضائي وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٩٥ - بدون دار نشر - ص ١٣٧ ومابعدها

والطبيعة الإدارية [١]، ولذلك فإن النظام القانوني لهذه الأعمال لايماثل تماماً النظام القانوني للأعمال القضائية ، ولا النظام القانوني للأعمال الإدارية .

وإذا كانت الأوامر على عرائض هي الشكل النموذجي للأعمال الولائية حتى أطلق عليها البعض إسم الأوامر الولائية [٢]، فإن لها نظاما قانونياً خاصاً يتمثل فيما يلي :

أولاً : خصومة العرائض [٣] تبدأ بناءً على إعلانٍ إرادي صادراً من طالب استصدار الأمر على عريضة ، ويكون ذلك وفقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصري ، بتقديم عريضة من نسختين متطابقتين

---

(١) أنظر في هذا الرأي : محمد العشماوي - قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط - ج ١ - ط ١ - سنة ١٩٢٨ بند ٥٣٤ ص ٣٧٩ ، محمد وعبدالوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن - ج١ - ١٩٥٧ - مكتبة الآداب - القاهرة - بند ١٩١ - ص ٢٢٣ - عبدالباسط جميعي - سلطة القاضي الولائية - مقالة بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية - سنة ١٩٦٩ - العدد الثاني - بند ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ ص ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣ ، فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني - ط ٢ ١٩٧٠ - دار النهضة العربية - بند ١٧ ص ٣٢ ، أحمد مليجي موسى - أعمال القضاة - ص ١٣٤ ، المؤلف - الأوامر القضائية وفقا لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية - ص ٢٦ ومابعدها .

(٢) أنظر في اعتبار الشكل الذي تصدر فيه الأعمال الولائية هو شكل الأمر على عريضة : عبدالمنعم الشرقاوي - الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٥٤ - بند ٣٥٤ - ص ٤٣٧ ، عبدالباسط جميعي - شرح قانون الإجراءات المدنية - ١٩٦٦ - ص ١٤٨ ، مبادئ المرافعات المدنية والتجارية - طبعة سنة ١٩٨٠ - دار الفكر العربي - بند ١٤٠ - ص ١٦٧ ، ١٦٨ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة السادسة - ١٩٧٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥٦٢ - ص ٨١٨ ، وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - ط١ - ١٩٧٤ - دار الفكر العربي - ص ١٢٥ ، التنفيذ القضائي - ط١ - ١٩٧٨ - دار الفكر العربي - ص ١٢٢ ، ط ١٩٩٥ - ص ١٣٩ هامش رقم (٣) ، نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية ، بند ٤ - ص ١١ ، بند ٢٨ ومايليه - ص ٤٣ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها - ط١ - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - بند ١٦٨ - ص ٣٤٠.

(٣) يجب علينا أن نفهم عبارة خصومة العرائض على معنى مجموعة الإجراءات التي تبدأ من تقديم العريضة إلى حين صدور الأمر من قاضي العرائض.

مشتملتين على بياناتها مباشرة إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى. ولا يترتب على تقديم عريضة الأمر توليد خصومة قضائية ، لأن الخصومة القضائية هى عبارة عن مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة زمنياً ومنطقياً بهدف تهيئة وسطاً إجرائياً ملائماً لإصدار الحكم الحاسم للنزاع.

والأصل أن الخصومة يتم انعقادها بتمام إعلان صورة من صحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً إلى الخصم الآخر أو حضوره بالفعل إلى الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، ولو لم يسبق ذلك الحضور أى إعلان. وبما أن نظام الأوامر على عرائض يفترض عدم وجود نزاع ، فالنتيجة المنطقية لذلك هى أنه لا يتولد عن تقديم العريضة أية خصومة قضائية .

ذلك أن العمل الولائى يصدر بعيداً عن أى نزاع ، ودون وجود أى خصم ، حيث يصدر قبل أن تثور المنازعة ، أو بعد انتهاءها ، وحتى إذا صدر أثناء منازعة قائمة ، فإنه يصدر فى نطاق آخر ، ومستقلاً عن نطاق المنازعة ذاتها ، ولا يؤدى إلى إنهاءها ، ولا يقضى على الخصومة ، ولا يُسفر عن تقرير الحق وإسناده لصاحبه ، وإنما هو وسيلة لاتخاذ تدابيراً للمحافظة على الحق أو الكشف عنه ، دون مساس بأصل الحق ، ودون أن يؤثر فى جوهره [١] ، باعتبار أن تقديم الأمر على عريضة ، وأيا كانت الجهة التى يقدم إليها ، لايترتب عليه أية آثار بالنسبة للحق الموضوعى الذى يتخذ الأمر بهدف توفير تدبيراً لحمايته فى الأحوال التى يؤدى فيها الأمر هذه الوظيفة. وحتى ولو صدر الأمر لصالح طالبه ، فإن هذا لا يعنى أن القاضى قد فصل بحكم فى أصل الحق. فهذا الحق لم ينازع فيه أحد ، حتى ولو كان الأمر قد صدر للحفاظ على الحق الموضوعى لحين المنازعة فيه بطريق الدعوى العادية ، والقاضى فى تقديره لملائمة ، أو عدم ملائمة إصدار الأمر على عريضة ، قد يقوم ببحث سطحى

---

(١) أنظر : نبيل عمر : الأوامر على عرائض - بند ٩٣ ومايليه - ص ١١٣ ومابعدها ، مصطفى هرجة الأوامر على عرائض - بند ١٧ ومايليه - ص ٣٥ ومابعدها

للمسائل المتعلقة بأصل الحق ، أو بالمركز الموضوعي الأصلي ، وهذا البحث يتم بالقدر اللازم لبحث ملائمة إصدار أو عدم إصدار الأمر على عريضة ، ولا يتم بهدف حسم نزاع قائم على أصل الحق.

وخلاصة ما تقدم ، أن الأمر على عريضة لا يولد أية آثار تمس الحقوق أو المراكز القانونية الموضوعية ، وذلك إلا إذا نص القانون على غير ذلك [١].

ثانياً : الأمر على عريضة يصدر في غيبة الطرف الآخر المراد إستصدار الأمر في مواجهته ، ويعلن إليه بعد إجابة الطالب إلى طلبه [٢] ، وذلك لأن الإجراءات في الأعمال الولائية تتخذ في غيبة الأشخاص وفي غير مواجهتهم ، ودون إبداء دفاعهم ، وسماع أقوالهم [٣] ، وانعدام المواجهة قد يحقق الهدف من صدور الأمر في بعض الأحيان، كما في حالة الأمر بالحجز التحفظي ، إذ يرمي الدائن بالحصول عليه إلى مباغتة المدين بتوقيع الحجز على أمواله قبل تهريبها [٤].

---

(١) في دراسة الآثار الإجرائية والموضوعية المترتبة على استعمال نظام الأوامر على عرائض. راجع : نبيل عمر - الأوامر على العرائض ونظامها القانوني - بند ٤٢ ومايليه - ص ٥٧ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٥٩ ، ٦٠.

(٢) مع مراعاة أنه قد يكون من اللازم في بعض الأحيان لإصدار العمل الولائي ، إعلانه للطرف الآخر ، ومن ذلك طلب المعونة القضائية ، وذلك طبقاً للمادة ٢٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ والخاص بالرسوم القضائية في مصر.

(٣) راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية - ط٣ - ١٩٨٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٣ - ص ٣٤.

(٤) راجع : فتحي والي - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤١٥ - ص ٨٥٣.

هذا ويلاحظ أن خصومة الأمر على عريضة تختلف اختلافاً جذرياً عن خصومة الدعوى القضائية العادية . فهذه الأخيرة هي خصومة تحقيق كامل ، لذلك تنطبق عليها جميع المبادئ العامة التي تحكم الخصومة القضائية المدنية ، أما الخصومة المتولدة عن تقديم العريضة ، فهي خصومة تحقيق غير كامل . وذلك لأنها تفتقد وجود الخصم المطلوب استصدار الأمر في مواجهته. وبالتالي فنظام الإعلان القضائي لا يعمل به. وكذلك مبدأ المواجهة بين الخصوم في الإجراءات يكون معطلاً في هذه الخصومة. في التمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي. راجع : عبدالباسط جميعي - سلطة القاضي الولائية - المقالة - رقم ١٣٣ ومابعدها ، ==

كما أنه لا توجد سوى مصلحة واحدة ، وهى مصلحة طالب إستصدار العمل الولائى ، وذلك على خلاف الخصومة القضائية التى تتميز بوجود مصلحتين متعارضين لطرفين مختلفين [١] ، ولهذا لا يترتب على تقديم العريضة أن يكتسب الطالب صفة المدعى ، ولان أن يكتسب المطلوب إصدار الأمر فى مواجهته صفة المدعى عليه ، بما تتضمنه هذه المراكز من سلطات وأعباء مختلفة.

ثالثاً: ليس ثمة حرج على القاضى الآمر فى أن يستمع إلى طالب إستصدار الأمر ليستوضح منه بعض النقاط ، كما أنه يمكنه أن يفتح محضراً بحضور أمين السر لإثبات تلك الإيضاحات كتابة [٢]، ولا يغير ذلك من طبيعة الأمر ، إذ أن إصدار الأمر ذاته يدخل فى الوظيفة الولائية للقاضى الآمر ، ومن ثم ، فإن له بمقتضى ولايته أن يستمع إلى وجهة نظر طالب الأمر ولو كتابة ، وذلك طالما أن المشرع لم يمنعه صراحة من ذلك [٣].

== أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ - بند ١٠ ومايليه - ص ٣٠ ومابعدها ، حسن الليبدى - الأوامر على عرائض - الرسالة - بند ١٩ ومايليه - ص ٤٠ ومابعدها ، أحمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ص ٢٤٧ ومابعدها ، محمد نور شحاته - الوجيز فى قانون القضاء المدنى والتجارى ص ١٠١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط ١٠ - ١٩٩١ - بند ٧٨ م - ص ١٢٨ ومابعدها ، السيد تمام - الوجيز فى قانون القضاء المدنى - الكتاب الأول - ١٩٩٤ - مطبعة حمادة بقويسنا - منوفية - ص١٦ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٣٢ ومابعدها. وفى تمييز العمل الولائى عما يشتبه به من تصرفات القضاة. راجع : حسن الليبدى - المرجع السابق - بند ١٩ ومايليه - ص ٤٠ ومابعدها ، مصطفى هرجة - الموجز فى الأوامر على عرائض ومنازعاتها التنفيذية - ١٩٩٤ - المكتبة القانونية - ص ٧ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٨ ومابعدها ، ص ٥٥ ومابعدها ، ص ١٨٩ ومابعدها.

(١) راجع : محمد عبدالخالق عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية - طبعة سنة ١٩٧٨ - دار النهضة العربية - ص ٧١.

(٢) ويلاحظ أن القاضى ينظر الطلب دون حضور طالب إستصدار الأمر على عريضة ، وفى غير جلسة، ودون حضور كاتب المحكمة ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - سنة ١٩٨٠ - ص ١٧١ ، فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٨٠ ، ص ٨٨٣.

(٣) وكان بعض الفقه قد ذهب إلى عكس ذلك ، عدا حالة أمر الحجز التحفظى الذى أجاز فيه القانون للقاضى إجراء تحقيقاً مختصراً قبل إصدار الأمر إذا وجد أن المستندات المؤيدة للطلب غير كافية . راجع فى ذلك : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٨٠ - ص ٨٨٣ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - طبعة سنة ١٩٨٠ - ص ١٧١.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لطالب الأمر ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمطلوب صدور الأمر ضده ، فالقاضى الآمر لا يجوز له أن يكلف طالب إستصدار الأمر على عريضة بإعلان المطلوب صدور الأمر ضده ، أو تكليف قلم الكتاب بذلك ، وإلا كان فى ذلك مخالفة منه للقانون ، حيث أن القاضى يصدر أمره بغير سماع أقوال من يراد صدور الأمر ضده ، إذ لا يستلزم القانون إعلانه بالحضور ليبدى أقواله قبل صدور الأمر ، والسبب فى ذلك ، أنه كثيراً ما تقتضى مصلحة طالب الأمر صدوره بغير علم من يراد إستصدار الأمر فى مواجهته ، بحيث أن علمه به يفسد الغرض المقصود تحقيقه باستصدار الأمر ويبدو ذلك واضحاً فى حالة إستصدار أمراً بتوقيع الحجز التحفظى [١].

رابعاً : نظراً لغياب من يراد إستصدار الأمر فى مواجهته ، فإن طالب استصدار الأمر على عريضة يستطيع أن يترك عريضته ، أو يتنازل عنها دون اشتراط موافقة من يراد إستصدار الأمر فى مواجهته ، لأن الفرض هو عدم وجود المطلوب استصدار الأمر فى مواجهته فى مرحلة إصدار الأمر.

خامساً : القاضى فى العمل الولائى لا يتحرك من تلقاء نفسه ، ولا يمسك بزمام المبادرة ، فليس له نشاطاً ذاتياً أو إيجابياً ، ولا بد من الإلتجاء إليه لكى يمارس سلطته [٢] ، وهو ملزم بإجابة الطلب المقدم إليه بالرفض أو بالقبول ، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة [٣].

سادساً : لا مجال لإعمال مبدأ إحترام حقوق الدفاع ، وأيضاً لا مجال للتمسك بالدفوع الإجرائية ، أو الموضوعية ، أو الدفوع بعدم القبول ، وذلك

---

(١) راجع : رمزى سيف – الوسيط – ط٨ – ص ٧٠٧ ، نبيل عمر – الأوامر على عرائض – بند ٩٧ – ص ١٢٠ ، مصطفى مجدى هرجة – الأوامر على العرائض – ١٩٩٠ – دار المطبوعات الجامعية – الأسكندرية – بند ٨٥ ومايليه – ص ١٠٢ ومابعدها.

(٢) راجع : عبدالباسط جميعى – سلطة القاضى الولائية – المقالة المشار إليها – بند ١١٣ – ص ٥٧٨ ، ٥٧٩.

(٣) راجع : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٧٥ – بند ١٧ – ص ٣٢ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – بند ٢٨ – ص ٩١.

لغياب الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بها ، وإذا تعلق دفع من هذه الدفوع بالنظام العام ، فإن القاضى يلتزم بحكم وظيفته بإثارته فى صورة رفض إصدار الأمر ، وكذلك بالنسبة للجزاءات الإجرائية ، كالبطلان مثلاً ، فإذا كان هناك مجالاً لإعمالها ، فإن القاضى يثيره فى صورة رفض إصدار الأمر (١).

كذلك فإن أنظمة وقف الخصومة الإتفاقى أو القانونى أو القضائى لا تطبق على نظام الأوامر على عرائض ، كما أن أسباب انقطاع الخصومة العادية والتى تقع بالنسبة للمراد استصدار الأمر فى مواجهته لا تؤثر فى إصدار الأمر وإن كانت تصلح للتظلم منه بعد صدوره ، وقواعد سقوط الخصومة وتقادمها لاتسرى بالنسبة لخصومة الأمر على عريضة ، حيث أن المدة المحددة لإصدار الأمر تقل عن المدة المحددة للسقوط والتقادم ، وكذلك لا مجال لإعمال نظام التدخل والإختصام فى خصومة العرائض ، لأنه لا يوجد نزاعاً يضر أو يفيد الغير، حتى يسمح له بالتدخل أو الإختصام للإفادة أو للدفاع عن المركز الموضوعى المطروح أمام القضاء (٢).

سابعاً : نظراً لغياب فكرة النزاع ، ولعدم وجود الخصم الآخر فى مرحلة إصدار الأمر على عريضة ، فإن سيطرة القاضى على خصومة الأمر على عريضة تكون واضحة ، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة عند إصداره للعمل الولائى ، والتى تفوق فى مقدارها السلطة التى يتمتع بها فى العمل القضائى (٣) ، فهو فى قضاء المنازعات يقرر حقوقاً سابقة ، أى سبق تكوينها (٤)، ويرمى إلى تطبيق إرادة القانون وحلولها محل إرادة الأفراد لكى تحقق تلك الرابطة القانونية

---

(١) راجع : نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ٩٦ - ص ١١٨.

(٢) راجع : نبيل عمر - المرجع السابق - بند ٩٨ - ص ١٢٠ ، مصطفى هرجة - المرجع السابق بند ٢٩ - ص ٤٢ ومابعدها.

(٣) راجع فى أصل فكرة السلطة الولائية التى يتمتع بها القاضى. نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ١١ ومايليه - ص ٢٠ ومابعدها.

(٤) راجع : فتحى والى - مبادئ - بند ١٨ - ص ٣٥.

هدفها [١] ، فى حين أن العمل الولائى يقرر للمستقبل ، ولا يفترض رابطة قانونية سابقة ، وإنما يهدف إلى مساعدة الفرد على تحقيق إرادته [٢].

والقاضى فى استعماله لسلطته التقديرية الواسعة عند إصداره للعمل الولائى لا يلتزم بإجراء تحقيق - كقاعدة عامة - [٣] ، كما لا يتقيد بقواعد الإثبات المقررة قانوناً ، ويصدر قراره على أساس اعتبارات الملائمة ، مستنداً فى ذلك على مجموعة الوقائع المقدمة إليه بواسطة الطالب ، مع ما يعززها من مستندات مؤيدة ، وذلك للإرتباط الوثيق بين سلطة القاضى الآمر ، والبنيان الواقعى الذي يقدمه الطالب فى عريضته ، حيث أن هذه الوقائع هى المحل الذى يمارس عليه القاضى سلطته فى التقدير والملائمة. وهذه الوقائع هى التى يبنى عليها الأمر الصادر ، وعلى أساس ما يستخلصه منها ، يقدر إجابة الطالب إلى كل مايطلبه أو إجابته إلى بعض ما يطلبه ، ورفض البعض الآخر. وذلك وفقاً للنتيجة التى يتوصل إليها من تقديره للوقائع.

ولكن ليس معنى أن القاضى يستعمل سلطته الولائية هو أنه يملك مطلق السلطة التقديرية ، لأن ذلك يتعارض مع الأساس الذى تبنى عليه فكرة السلطة الولائية للقاضى بصفة عامة. فهذه السلطة يتمتع بها القاضى إلى جانب العديد من السلطات التى تخول له بحكم طبيعة وظيفته [٤] ، ولكنه - أى القاضى -

(١) ويلاحظ أن هناك من الأعمال القضائية ما يكون منشئاً ، بل هناك أحكاماً مختلف على طبيعتها " تقريرية أو منشئة " ، مثل الحكم ببطلان الزواج ، فجانب من الفقه يعتبره حكماً منشئاً ، وآخر يعتبرو حكماً تقريرياً . راجع في ذلك : إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص بند ٣١ ص ٩٧.

(٢) راجع : فتحى والى - مبادئ - بند ١٨ - ص ٣٥ . ومع ذلك فإن هناك كثيرا من الأعمال الولائية التى تعتبر ذات أثراً تقريرياً ، مثل التبنى فى فرنسا ، وإعلام الوراثة.

(٣) يراعى أن القاضى قد يلتزم فى بعض الأحيان بإجراء تحقيقاً قبل إصداره للعمل الولائى . راجع فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ١٨ - ص ٣٤.

(٤) أنظر: نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - ١٩٨٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٥٢٠ ، الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ٦٥ - ص ٨٥ . وفى أصل فكرة السلطة الولائية التى يتمتع بها القاضى ، والهدف الذى ترمى إليه . راجع: نبيل عمر - المرجع السابق - بند ١١ ومايليه - ص ٢٠ ومابعدها.

فى ممارسته لسلطته الولائية يلتزم باحترام القانون ، ومراعاة الشروط المتطلبة لإصدار العمل الولائى ، ووفقاً لما يمليه عليه ضميره ، ويجب أن يمارس سلطته التقديرية فى هذا النطاق [١].

وأياً كان الأمر ، فإن القاضى فى إصداره للعمل الولائى لا يتمتع بسلطة تقديرية مماثلة للسلطة التى يتمتع بها عند إصداره للعمل القضائى [٢].

هذا ونود الإشارة فى هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسى ، وفى مجموعة المرافعات الجديدة ، وعلى عكس المشرع المصرى قد أطلق سلطة القاضى فى إصدار الأوامر على عرائض ، حيث اعتراف له بسلطة اتخاذ التدابير التى يراها ضرورية لاستكمال العناصر المفتقدة ، واللازمة لتكوين رأياً قضائياً مؤسساً فى شأن المسألة المطروحة عليه بواسطة العريضة . فطبقاً للمادة ٢٧ من قانون المرافعات الفرنسى ، يكون للقاضى فى المواد الولائية التى تتميز بعدم وجود منازعة « المادة ٢٥ من قانون المرافعات الفرنسى »، أن يباشر كافة التحقيقات الضرورية واللازمة لإيضاح المسألة المعروضة عليه ، وله فى سبيل ذلك سلطة سماع الأشخاص الذين تتأثر مصالحهم بالقرار الصادر ، وكذلك كافة الأشخاص الآخرين الذي يقدر أن أقوالهم تفيد فى تنوير عقيدته [٣].

---

(١) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٩ ، محمد عبدالخالق عمر - قانون المرافعات - ص ٦٩ ، فتحى والى - مبادئ - بند ١٨ - ص ٣٤ ، إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٣١ - ص ٩٦.

(٢) راجع : نبيل إسماعيل عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - ص ٧١ . مع مراعاة أنه قد تكون للقاضى سلطات واسعة عند إصداره لبعض الأعمال القضائية ، ومن ذلك ، سلطته فى منح مهلة للمدين للوفاء بدينه ، أو فى فرض غرامة تهديدية عليه ، وكذلك سلطته فى دعوى الفسخ ، بل قد تنعدم سلطة القاضى عند إصداره لبعض الأعمال الولائية ، كما هو الحال فى الأعمال التوثيقية البحتة . فى توضيح ذلك ، راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - ص ١٢٠ ، فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ١٨ - ص ٣٤.

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول - الأوامر على عرائض وأوامر الأداء - المقالة المشار إليها - ص ٨٨.

كما تنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات الفرنسى على جواز سماح القاضى للغير بالإطلاع على الملف الخاص بموضوع القرار الولائى والإحتفاظ بنسخة منه إذا أثبت أن له مصلحة مشروعة فى ذلك ،كما تنص المادة ٢/٣٣٢ من ذات القانون على أنه :" يجوز للقاضى أن يأمر باختصام الأشخاص الذين قد تتأثر حقوقهم أو أعباؤهم من القرار الولائى ".

والقاضى طبقاً لقانون المرافعات الفرنسى ، ينظر الطلب فى غرفة المشورة "Chambre du conseil" المادة ٤٣٤ منه " ، وفى حضور ممثل النيابة العامة " المادة ٧٩٨ منه " ، ويصدر قراره فى جلسة تكون غير علنية ، إذ أن القاعدة هى عدم السماح للجمهور بحضور جلسة النطق بالقرار الولائى ، وذلك مالم ينص القانون على غير ذلك " المادة ٤٥١ من ذات القانون ". فإجراءات الأعمال الولائية فى مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة تقترب من إجراءات الخصومة القضائية العادية (١).

ثامناً : تنص المادة ٢/١٩٥ من قانون المرافعات المصرى على أنه: " ... ولا يلزم ذكر الأسباب التى بنى عليها الأمر إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التى اقتضت إصدار الأمر الجديد ، وإلا كان باطلاً " (٢).

---

(١) أنظر : بشندى عبدالعظيم – حماية الغير فى قانون المرافعات – رسالة دكتوراه – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٠ – ص ٢٨٠ ومابعدها.

(٢) ولقد كانت القاعدة المعتمدة فى التشريع الفرنسى السابق هى عدم تسبيب الأوامر على العرائض ، أنظر :

GARCONNET , CEZAR - BRU et HEBRAUD , Traité theorique et pratique de procédure civile et commerciale , 3 ed .,GVO1 (1913-1925) , 3 SUPPI. 1931 , 1933 , 1938 , t . 3 , No . 175 , VIZIOZ , Études de procédure , éd . 1956 , No 53 et s.

إلا أن مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة قد نهجت نهجاً عكسياً ، وتبنت فى المادة ٤٩٥ قاعدة مغايرة. ووفقاً للقاعدة المستحدثة ، فإن الأوامر على العرائض تعد من الأعمال الواجبة التسبيب. أنظر فى دوافع هذا المسلك التشريعى المستحدث وأسبابه :

MOTULSKY , ÉCRITS , Études et notes de procédure civile . D . 1973 , p . 188 et s .

والمستفاد من ذلك ، أن القاضى يصدر أمره على العريضة المقدمة من صاحب الشأن ، سواءً بالإيجاب أو بالرفض دون الإلتزام كقاعدة بتسبيبه [١]، وخروجاً على هذه القاعدة ، أى قاعدة عدم التسبيب ، فإن القاضى يلتزم بتسبيب الأمر إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره ، وإطلاق عبارة النص يفيد الإلتزام بالتسبيب فى هذه الحالة فى مختلف فروضها ، فهو يطبق سواءً صدر الأمر السابق من ذات القاضى أو من غيره ، وسواء علم بسبق صدور الأمر السابق من العريضة الجديدة ، أو كانت هذه العريضة خلوا من الإشارة إلى الأمر السابق . وسواءً كان الأمر السابق لا زال باقياً أم سقط لعدم تنفيذه فى الميعاد المحدد قانوناً ، وسواءً كان الأمر بالرفض أم بالقبول [٢].

وجزاء عدم التسبيب فى هذه الحالة هو البطلان بصراحة النص [٣] ، وهذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز التنازل عن التمسك به صراحة أو

---

(١) وإن كان من حق القاضى أن يبين الأسباب التى بنى عليها أمره ، لأن ذلك غير محظوراً عليه ، وإن ذكر المشرع أنه غير لازم ، ولا يبطل الأمر على عريضة إذا ما قام القاضى الآمر بتسبيبه . وتخالف هذه القاعدة القواعد المعتمدة بالنسبة للأحكام القضائية. راجع فى تسبيب الأحكام القضائية : عزمى عبدالفتاح – تسبيب الأحكام وأعمال القضاة فى المواد المدنية والتجارية – ط١ – ١٩٨٣ – دار النهضة العربية.

(٢) راجع : رمزى سيف – الوسيط – بند ٥٩٣ ، فتحى والى – الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤١٥ ، ص ٨٥٤ ، ٨٥٥ ، مصطفى هرجة – الأوامر على عرائض ص ٣٥ ، ٣٦ ، أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها – ص ٣٣٧ هامش رقم (٣٩) ، أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ بند ١٤٥ ص ٢٧٣ ، وأنظر كذلك :نقض مدنى ، جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ ع٢ – الطعن رقم ١٧٧ ، س ٤١ ق – ص ١٧٩٨ ، نقض مدنى ، جلسة ١٩٧٢/٥/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ ع٢ – الطعن رقم ٣٩١ ، س ٣٧ ق ، ص ١٠٤٢ ، نقض مدنى جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ ع٢ ، الطعن رقم ٥٨ ، س ٣٤ ق ، ص ٩١٨ ، وقارن : محمد كمال عبدالعزيز : تقنين المرافعات ص ٣٧٨ ، ولا يرى سيادته محلاً للإلتزام بالتسبيب إذا كان الأمر السابق قد صدر بالرفض.

(٣) أنظر : مصطفى هرجة – الأوامر على عرائض – طبعة سنة ١٩٩٠ – بند ٣٠ – ص٤٣ . وفى قواعد وأحكام البطلان المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ مرافعات مصرى ، أنظر : رمزى سيف – الوسيط – ط١٩٦٩ – بند ٥٩٣ ، أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – ط٤ – ١٩٨٤– جـ١– ص ٧٢٩.

ضمناً ، ويتعين على المتظلم التمسك بهذا البطلان فى صحيفة التظلم من الأمر الصادر على عريضة إن أراد ذلك[١].

ويقصد بالتسبيب فى مجال الأوامر على عرائض ، ذكر الأسباب الواقعية التى أدت بالقاضى إلى إصدار الأمر أو عدم إصداره ، أو إصدار بعض المطلوب فى الأمر ورفض البعض الآخر [٢] ، ويقصد بالأسباب الواقعية ، تلك التى تبرر إحتمال قيام حق طالب استصدار الأمر على عريضة ، وقيام العناصر المبررة لإصدار الأمر ، مع ذكر ما يساند هذه الأسباب من القانون.

تاسعاً : الأعمال الولائية ذات طبيعة مزدوجة :[٣]

فالعمل الولائى ذو طبيعة مزدوجة ، فهو ليس عملاً إدارياً ، كما أنه لا يعتبر قضاءً ، بل هو مزيجاً من القضاء والإدارة ، إذ هو ينتمى للعمل الإدارى بموضوعه ، بينما ينتمى للعمل القضائى بشكله ومصدره ، ومن ثم لا تتطابق طبيعته مع الطبيعة القضائية البحتة ، ولا مع الطبيعة الإدارية البحتة ، بل هو طبيعة هجينية ناتجة من الخلط بينهما ، وهذه الطبيعة المختلطة هى وحدها التى تفسر لنا النظام القانونى لهذه الأعمال ، ذلك النظام الذى لا يماثل تماماً النظام القانونى للأعمال القضائية ، ولا النظام القانونى للأعمال الإدارية ، ولو أن للأعمال الولائية طبيعة إدارية ، لكان النظام القانونى الذى تخضع له يتطابق تماماً مع النظام القانونى للأعمال الإدارية ، كذلك لو كان لهذه الأعمال الولائية طبيعة قضائية ، لوجدنا أن النظام القانونى الذى تخضع له لا يختلف عن النظام

---

(١) أنظر : رمزى سيف ، أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

(٢) راجع : نبيل إسماعيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – بند ١٠١ – ٢ ، ص ١٢٣.

(٣) راجع من أنصار هذا الرأى : عبدالباسط جميعى – سلطة القاضى الولائية – المقالة – بند ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ ص ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣ ، محمد العشماوى – قواعد المرافعات – جـ١ – بند ٥٣٤، ص ٣٧٩ ، محمد وعبدالوهاب العشماوى – قواعد المرافعات – جـ١ – بند ١٩١ – ص ٢٣٠ ، فتحى والى – مبادئ – بند ١٧ – ص ٣٢ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – ص ١٣٤ ، المؤلف – الأوامر القضائية – ص ٢٦ ومابعدها.

القانونى للأعمال القضائية ، ولكن نتيجة لما تتمتع به الأعمال الولائية من طبيعة خاصة ، فإن ذلك ينعكس على النظام القانونى الخاص بها ، حيث أنه خليطاً من النظام القانونى للأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة ، والنظام القانونى للأعمال الإدارية [١].

عاشراً: يمكن للأوامر على العرائض أن تكون محلاً لمراجعة من قبل القاضى الذى أصدرها لتصحيحها من الأخطاء المادية حسابية كانت أم كتابية ، وكذلك لتفسيرها وتحديد مضمونها فى حالة غموضها أو إبهامها وإكمالها دون التقيد بقواعد المراجعة المنصوص عليها فى المواد ١٩١ - ١٩٣ من قانون المرافعات المصري ، والمواد ٤٦١ ، ٤٦٤ - ٣/٤٨١ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة [٢].

ومكنة مراجعة الأمر على عريضة لتصحيحه وتوضيحه وإكماله - إذا

---

(١) فى اختلاف العمل الولائى عن العمل القضائى واستقلاله عنه. راجع : المؤلف الأوامر القضائية- ص ٢٨ ومابعدها.

وفى الجدل الفقهى حول طبيعة نشاط القاضي عند ممارسته للأعمال الولائية. راجع :

HEBRAUD , Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 " sur la Chambre du conseil , Dalloz , 1946 . p . 333 et s, MOREL : "René" : Traité elementaire de droit procédure civile - deuxième édition , paris , 1949 P . 85 ets ' ROLAND " Henyi " chose jugée et tierce opposition thèse , Lyon , 1958 , N . 225 ets , p . 265 et s.

وأنظر كذلك : أحمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية - ص ١٣٢ ومابعدها ، أعمال القضاة - ص ١٢٠ ومابعدها ، حسن اللبيدى - الأوامر على العرائض - بند ١٩ - ص ٤٠ ومابعدها ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ٢٩ ومايليه ، ص ٤٤ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم - ص ١٩ ومابعدها.

(٢) وفى القانون المصرى يتحدد نطاق إعمال النظام الخاص للمراجعة فى حالات ثلاث : الأخطاء المادية البحتة ، الإبهام والغموض الذى يلابس الحكم ، إغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية.فى تفصيل ذلك كله . راجع : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، وخاصة بند ٨٥ ومايليه - ص ١٥٠ ومابعدها.

إقتضى الحال ذلك - تجد أساسها فى أن إصدار الأمر لا يؤدى إلى استنفاد سلطة القاضى الذى أصدره ، حيث تنص المادة ٢/١٩٥ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " ... ولا يلزم ذكر الأسباب التى بنى عليها الأمر إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره ، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التى اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً " . كما تنص المادة ٤٧٩ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة على أنه : " يكون للقاضى الذى أصدر الأمر على عريضة الحق فى تعديله أو إلغائه " [١].

ومفاد ذلك أن إصدار القاضى لأمر على عريضة لا يستنفد سلطته [٢] فيملك أن يتصدى مرة ثانية للمسألة موضوع الأمر السابق ، ويصدر بشأنها أمراً جديداً ولو كان ذلك مخالفاً للأمر الأول ، إلا أنه يلتزم فى هذه الحالة بأن يسبب أمره الجديد المخالف للأمر الأول ، وإلا كان باطلاً [٣].

وإذا كان القاضى يملك أن يتسلط على أمره السابق ، فيلغيه أو يعدل فيه، فإنه يكون له ومن باب أولى ، سلطة مراجعته لتصحيحه من الأخطاء المادية ، حسابية كانت أم كتابية ، وكذلك لتفسيره وتحديد مضمونه فى حالة غموضه أو إبهامه ، وإكمال ما غفل عن الفصل فيه . ويمكن اللجوء

---

(١) أنظر فى هذه السلطة فى القانون الفرنسى :

PH . BERTIN , Le grand Noë , I du procédurieur , G. p . 15 - 17 fév - 1976 - No 70 ets - Les ordonnances sur réquête et leurs nouveaux signataires , G . p . 1979 1 . doct . 294 . R . MARIIN , Matière gracieuse et ordonnoances sur réquête unizateraie , T . C P . 1976 - 1 - 27 - 87.

وأنظر فى هذه السلطة فى القانون المصرى : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٨٥ ومايليه - ص ١٥٠ ومابعدها.

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى ١٩٧٨/١٢/١٨ - المجموعة ٢٩ - ١٩٤٣.

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ٥٦ ، ص ١٠٤ ، بند ٥٩ ، ص ١٠٩ .

وأنظر فى أن التزام التسبيب لا يقوم إذا كان الأمر الأول قد صدر بالرفض : محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٧٨.

إلى القاضى لمراجعة أمره بما يتفق مع النظام الإجرائى المعتمد لاستصدار الأوامر على العرائض، فيكون الرجوع بمقتضى عريضة تكميلية ، يعرض فيها الطالب للأمر السابق صدوره ، ويبين وجه الخطأ فيه ، ويصدر القاضى أمره فى خصوص هذا الطلب وفقاً لنظام الأوامر على عرائض . وفى حالة الموافقة ، فإنه يجب أن يؤشر على نسخة العريضة التى صدر عليها الأمر الأول بمايفيد ذلك[١].

الحادي عشر : لا تتمتع الأعمال الولائية بحجية الشئ المقضى [٢] ولذلك فإن طالب استصدار العمل الولائى يستطيع إعادة تقديم نفس الطلب الذى سبق رفضه ، ويستطيع أيضاً رفع دعوى موضوعية ، ولو كان هناك تعارضاً بينها وبين الطلب الولائى السابق رفضه [٣].

وكذلك فإن سلطة القاضى فى المسألة لا تنقضى بإصدار القرار الولائى[٤]، إذ لا يستنفد القاضى سلطته بمجرد إصدار ذلك القرار ، ولذلك يستطيع القاضى مصدر القرار الولائى أن يرجع فى قراره السابق [٥]، أو أن

---

(١) راجع : أحمد ماهر غلول - مراجعة الأحكام - بند ٥٩ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٧٤ ومابعدها.

(٢) أنظر : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - ص ١٢٥ ، عبدالباسط جميعى - سلطة القاضى الولائية - ص ٦٢٠ ، فتحى والى - مبادئ - بند ٢٠ ص ٣٧ ، محمد عبدالخالق عمر- قانون المرافعات - بند ٣٦ - ص ٧٨ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٣٦ - ص ١١٣ ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ١٠٧ ومايليه ، ص ١٢٩ ومابعدها ، مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض - طبعة سنة ١٩٩٠ - بند ٣٤ ، ٣٥ ، ص ٤٦ ومابعدها ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٧٣ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٣٧ ومابعدها.

(٣) راجع : حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى - س ١٥ - ص ١١٦١.

(٤) راجع : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - ص ١٢٥ ، ١٢٦ ، فتحى والى-مبادئ - بند ٢٠ - ص ٣٨ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - بند ٣٧ ص ١١٣ ومابعدها ، محمد عبدالخالق عمر - قانون المرافعات - ص ٧٨ ، ٧٩.

(٥) راجع : حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٤ فبراير سنة ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى - السنة ١٩ - ص ٢٩٧.

يعدله ، بل إنه يستطيع إصدار قرار سبق له رفض إصداره [١] ، كما أنه لا يفقد صلاحيته للفصل فى أصل النزاع إذا كان قد سبق له أن أصدر أمراً على عريضة فى إجراء يتصل بهذا النزاع [٢].

ولكن يلاحظ أن سلطة القاضى الذى أصدر العمل الولائى فى سحبه أو تعديله ليست مطلقة ، إذ لا يجوز إعادة النظر فى العمل الولائى بواسطة القاضى الذى أصدره إلا إذا توافر شرطان :

الشرط الأول : أن تتغير الظروف التى صدر فى ضوئها القرار السابق ، أو أن تصل إلى علمه - أى القاضى - ظروفاً لم يكن يعلمها عند إصداره ذلك القرار [٣] ، أو إذا كان القاضى قد أصدره على أساس معلومات خاطئة أدلى بها من تقدم إليه بطلب استصدار الأمر [٤]، أو ظهور الجديد من الأسانيد والمستندات حتى يصدر الأمر المخالف وإلا لما كان هناك معنىً لإعادة النظر فى العمل الولائى [٥].

الشرط الثانى :

أن لا يتضمن الإلغاء أو التعديل أى أن مساس بحقوق الغير حسن النية التى اكتسبها من التصرفات التى أبرمت بناءً على القرار المراد سحبه أو إلغاؤه. ومثال ذلك ، أن يصدر قراراً ولائياً بالإذن لقاصر ببيع عقار ، ويكتسب شخصاً من الغير حسن النية ملكية هذا العقار ، فإنه لا يجوز إذا تغيرت الظروف

---

(١) راجع : فتحى والى - مبادئ - بند ٢٠ - ص ٣٨ ، إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٢٧ - ص ١١٦ ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ - ص ١٠٨ ، أنظر أيضاً : نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١٢/١٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ ع٢ - الطعن رقم ٤٥٠ - س ٤٨ ق - ص ١٩٤٣.

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى ، جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ ، الطعن رقم ١٩٢٦ لسنة ٥٠ ق ، مشاراً لهذا الحكم فى مجموعة المبادئ القانونية للمستشار / أنور طلبة - الجزء الرابع - ص ٢٤٣ ، مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض - طبعة سنة ١٩٩٠ - بند ٣٥ - ص ٤٧ ، ٤٨.

(٣) أنظر : فتحى والى - مبادئ - بند ٢٠ ص ٣٨ ، محمد عبدالخالق عمر - قانون المرافعات - ص ٧٩.

(٤) راجع : عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ١٧٨.

(٥) راجع : مصطفى مجدى هرجة - الأوامر على عرائض - ص ٣٨.

وظهرت وقائع جديدة تبرر إلغاء الإذن بالبيع ، المساس بملكية الغير حسن النية[١].

وعلة هذين الشرطين ، هى أن العمل الولائى عملاً يصدر من موظف عام أهلاً للثقة ، هو القاضى ، ولهذا فإنه يجب أن لا يعدل عنه تعسفاً بغير سبب كما أنه لا يجوز العدول عنه إذا تعلق بحق الغير حسن النية [٢].

الثانيعشر : تنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات المصرى على أن : "النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، وللأوامر الصادرة على العرائض وذلك مالم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة ".

ويستفاد من ذلك النص ، أن الأوامر على عرائض مشمولة بالنفاذ المعجل وبغير كفالة بمقتضى القانون ، وذلك حتى ولو لم يطلب ذلك طالب الأمر ، ومن ثم ، فالأمر على عريضة لا يحتاج فى تنفيذه أن ينص القاضى فيه علي نفاذه وذلك لأن القانون نفسه هو الذى يأمر بتنفيذه ، ويعتبر الأمر قابلاً للتنفيذ بمقتضاه ، ولو حصل تظلماً منه أمام المحكمة المختصة ، أو ذات القاضى الآمر. إذ أن مجرد التظلم لا يوقف تنفيذ الأمر المشمول بالنفاذ بقوة القانون[٣].

ويجوز للقاضى الآمر أن ينص في الأمر على تقديم كفالة ، إذ هى ليست شرطاً للتنفيذ ، إلا إذا قررها القاضى . ومن ثم،فإذا صدر الأمر دون أن يتعرض لمسألة الكفالة،كان تنفيذه -أى الأمر-واجباً بقوة القانون دون كفالة [٤].

---

(١) أنظر : محمد عبدالخالق عمر - قانون المرافعات - ص ٧٩ ، أحمد مليجى موسى ، أعمال القضاة - ص ١٧٤ ، ١٧٥.

(٢) أنظر : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٧٥.

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية - ط١٣ - ص٧٢٣ ، عزمى عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات - سنة ١٩٨٣ /١٩٨٤ - ص ٢٥٥.

(٤) أنظر : أحمد أبو الوفا ، عزمى عبد الفتاح - الإشارة السابقة . وفى دراسة القوة التنفيذيه للأوامر على عرائض . راجع : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند ٧٢ ومايليه ، فتحى والى- الوسيط - بند ٥١ ومايليه، وجدى راغب - مبادئ - ص ١٢٠ وما بعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص١٣٩ ومابعدها.

ومن ناحية أخرى ، تنص المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات المصرى على أنه: " يجوز فى جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الإستئناف أو التظلم أن تأمر بناءً على طلب ذى الشأن بوقف النفاذ المعجل إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن أو الأمر يرجح معها إلغاؤه.ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو أن تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له " .

والمستفاد من ذلك النص ، أنه يسرى على الأوامر على عرائض ، ما يسرى على الأحكام القضائية في صدد وقف النفاذ المعجل للأمر على عريضة ، ودلالة ذلك أنه نص على التظلم ، والتظلم يكون فى الأوامر على عرائض ، وكذا فى أوامر الأداء.(١)

ويشترط للأمر بوقف النفاذ المعجل فى التظلم الشروط الآتية :

١- أن يطعن الصادر عليه الأمر بالتظلم ، سواءً أمام المحكمة المختصة أو أمام القاضى الآمر ذاته.

٢- أن يطلب وقف النفاذ المعجل مؤقتًا حتى يفصل فى موضوع التظلم ويجوز أن يكون ذلك بصحيفة التظلم ، أو بإبدائه شفاهة فى الجلسة فى صورة طلب عارض فى حضور الخصم ، ويثبت فى محضرها ، وذلك عملاً بنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات المصرى.

٣- ألا يكون التنفيذ قد تم ، والمعول عليه فى ذلك هو بتاريخ إبداء الطلب .

٤- أن تكون أسباب التظلم مما يرجح معها إلغاء الأمر ، وهذه مسألة تقديرية للمحكمة أو القاضى الآمر المتظلم أمامه.

== والواقع أنه ليست كل الأوامر على عرائض مما تقبل التنفيذ الجبرى ، وإنما تقتصر هذه القوة فقط على الأوامر الصادرة فى المواد المستعجلة . راجع فى هذه القاعدة وأساسها القانونى، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - بند ٩٣ وما يليه .

(١) فى بيان ذلك بالنسبة لأوامر الأداء - راجع : مايلى : ص ١٩٦ وما بعدها.

٥- أن يكون ظاهر الأوراق يشير إلى الخشية من وقوع ضرراً جسيماً من التنفيذ.

فإذا استبان للمحكمة المختصة بالتظلم ، أو القاضى الآمر الذى أقيم التظلم أمامه ، توافر الشروط سالفة الذكر ، فإن التظلم يؤدى إلى وقف النفاذ المعجل مؤقتاً إلى حيث الفصل فى موضوع التظلم .

والمحكمة المختصة أو القاضى الآمر المتظلم أمامه لا يقضى فى هذه الحالة ، وإنما يأمر ، ومن ثم فهذا الأمر وقتياً وذو حجية موقوته ، ولا يفيد القاضى عند نظره لموضوع التظلم ومن ثم ، فليس عليه من حرج في أن يوقف النفاذ المعجل مؤقتاً ،ثم يقضى فى موضوع التظلم بتأييد الأمر المتظلم منه.(١)

هذا ويلاحظ أن نص المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات المصرى المشار إليه ، لايمنع من جواز تجديد طلب وقف التنفيذ إذا جد مايحقق الشروط المتقدمة لوقف التنفيذ.(٢)

الثالث عشر: تنص المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات المصرى على أنه :
"يسقط الأمر الصادر علي عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد ".

والمستفاد من ذلك ، أن الأمر على عريضة يتضمن بطبيعته إجراءً وقتياً ، ويواجه لهذا ظرفاً قابلا للتغيير ، ولأجل هذا ، فقد قرر القانون أنه يسقط إذا لم يقدم التنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ، وذلك إلا إذانص القانون على عدم السقوط بالنسبة لنوع معين من الأوامر على عرائض.(٣)

---

(١) أنظر: نقض مدنى مصرى ، جلسة ١٩٧٨/١١/١٧ فى الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ق ١٩٧٦/٤/١٧ سنة ٢٧ ، ص٩٢٧، وراجع فى تفصيل ذلك : أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ط٨ ، ص٧٧ وما بعدها ، نبيل عمر ، الأوامر على عرائض ، ص ١٧١ ومابعدها ، مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض - ص ٢٠٠ وما بعدها ، الموجز فى الأوامر علي عرائض - ص ٩١ وما بعدها .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - المرجع السابق ، ص ٧٧.

(٣) من ذلك ما تنص عليه المادة ١٨٩ من قانون المرافعات المصرى من أنه : ==

فمقدم العريضة عليه فى حالة قبول طلبه ، أن يقوم بتنفيذ الأمر الصادر عليها ، والذى أصدره القاضى الآمر، وذلك خلال فترة قصيرة حددها القانون وإلا أعتبر متنازلاً عنه ، لأن طلب استصدار أمراً على عريضة يفترض أن الطالب فى لهفة من أمره ، وأنه يخشى خطراً داهماً ، ويستغيث بالقضاء لاتخاذ إجراء يدرأ عن نفسه ذلك الخطر ، فإذا ما سكت عن تنفيذ الأمر فترة طويلة فقد الأمر حكمته ، ويكون عدم المبادرة إلى تنفيذه دليلاً على أنه لم يكن ثمة ما يدعو إلى إصداره.[١]

وسقوط الأمر على عريضة لا يتعلق بالنظام العام ، فلايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يتمسك به من صدر ضده الأمر لتعلقه بمصلحته ، ويجوز له النزول عن هذا السقوط صراحة أو ضمناً[٢]، على أن هذا السقوط لا يمنع من صدر لصالحه الأمر من أن يستصدر أمراً جديداً «المادة ٢٠٠ مرافعات مصرى » ، وعندئذ يقدر القاضى الظروف القائمة عند إصداره للأمر الجديد.[٣]

الرابع عشر : لا تخضع الأعمال الولائية لطرق الطعن التى تخضع لها الأحكام القضائية [٤]، وعلة ذلك ،أن طريق الطعن بطبيعته يهدف إلى إصلاح

=" لا يسرى على أمر تقدير المصاريف السقوط المقرر فى المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات " ويلاحظ أن الأوامر بتقدير المصاريف ليس لها طبيعة الأوامر على عرائض ، فهى لا تصدر بإجراء وقتى ، ولا تصدر لمواجهة حالة استعجال ، ولهذا فمن الطبيعى ألا تخضع لنظام السقوط الذى يخضع له الأمر على عريضة - فتحي والي - الوسيط - طبعة ١٩٩٣ - بند ٤١٦ ص ٨٥٥.

(١) أنظر : عبد الباسط جميعى - مبادئ - ص ١٧٣ .

(٢) أنظر : فتحي والي - الوسيط - بند ٤١٦ ص ٨٥٥ ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى - ص ١٨٣ ، نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٩/٣/١١ - مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ع١ - الطعن رقم ٥٠ س ٣٥ ق. ص ٣٨٨ .

(٣) فى دراسة سقوط الأمر على عريضة . أنظر المؤلف ، الأوامر القضائية ، ص ١٤٣ ومابعدها.

(٤) أنظر : وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى - ص ١٢٥ ، فتحى والى . مبادئ - بند ٢٠ ص ٣٨ ، ٣٩ ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - ص ٧٩ ، ٨٠ ، إبراهيم نجيب القانون القضائى الخاص - بند ٣٦ ، ص ١١٢ ، ١١٣ ، نبيل عمر - الأوامر عل عرائض-بند ١١٥ ، ص ١٣٨ ، مصطفى هرجة : الأوامر على عرائض - طبعة سنة ١٩٩٠ ،بند ٣٩ ص ٥٢.

خطأ في الحكم ، وليس في العمل الولائى أى حكم بمعنى الكلمة ، كما أنه ليس هناك فائدة عملية من استخدام طرق الطعن ضد العمل الولائى ، إذ يُغنى عنها إمكان تعديل العمل أو إلغاؤه ، أو رفع دعوى أصلية ببطلانه[1].

وإنما يكون الطعن في الأمر على عريضة بطريق التظلم المنصوص عليه بالمواد ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ من قانون المرافعات المصرى ، وهذا الطريق يختلف عن طرق الطعن فى الأحكام القضائية [2]، وعن طريقه يتيح القانون لذوى الشأن « أى طالب الأمر على عريضة ، إذا رفض قاضى العرائض إصدار كل ماطلبه ، أو أجابه إلى بعض ما طلبه ورفض البعض الآخر ، والصادر عليه الأمر كذلك ، سواءً صدر الأمر بكل مطلوب الطالب ، أوبعضه فقط ، والغير ممن تقوم له مصلحة فى التظلم [3] » الخيار فى رفع التظلم ، إما إلى المحكمة

---

(١) فالعمل الولائى يجوز رفع دعوى بطلان أصلية لإلغائه وإزالة آثاره . راجع : وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى . ص ١٢٥ ، فتحى والى - مبادئ . ص ٣٨ ، بند ٢٠ ،إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص ، بند ٣٦ ص ١١٢، ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ٨٠ . كما أنه يمكن التمسك ببطلانه بطريق الدفع - راجع : فتحي والى - مبادئ - بند ٢٠ ص ٣٨ ، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - بند ٣٦ ص ١١٢ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص١٧٦ . وفى أسباب عدم جواز استعمال طرق الطعن فى الأحكام للتشكي من الأوامر على عرائض - راجع : فتحى والى - مبادئ - ص ٣٩ ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ١١٦ ، ١١٧ ص ١٣٩ وما بعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٤٦ ومابعدها . وفى نقد فكرة عدم خضوع الأعمال الولائية لطرق الطعن في الأحكام - أنظر : وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - ص ١٢٥ ، فتحي والى - مبادئ - بند ٢٠ ص ٣٩ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص١٤٩ ، ١٥٠.

(٢) راجع : فتحي والى - مبادئ - بند ٢٠ ص ٣٩.

(٣) وللغير فضلاً عن حقه فى التظلم ، أن يرفع دعوى بالإجراءات المعتادة بالحق الذى يتعارض معه صدور هذا الأمر - راجع : فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٤١٧ ص ٨٥٦ . وقد أشار فى هامش هذه الصفحة رقم (١) إلى حكم نقض تجارى الصادر فى ١٩٨٧/٢/٧ فى الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥٣ق. عكس ذلك : محمود محمد إبراهيم : أصول التنفيذ الجبرى - ص ١١١ ،نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ١١٨ - ص١٤٣ . حيث يقصر هذا الجانب من الفقه الإجرائى الحق فى التظلم على طالب الأمر والصادر ضده ،ولا يجيزه لغير هذين الخصمين ، وإن كان يجيز للغير رفع إشكالاً فى التنفيذ.

المختصة ، وإما إلى القاضى الآمر نفسه (المواد ١/١٩٧ ، ١/١٩٩ من قانون المرافعات المصرى) .

كما يجوز إبداء التظلم تبعا لدعوى أصلية قائمة بالفعل أمام المحكمة التى تنظر هذه الدعوى التى رفع طلب استصدار الأمر بمناسبتها وذلك فى الأحوال التى يوجد فيها نزاعاً موضوعياً متعلقاً بهذا الأمر وقائماً أمام هذه المحكمة ،ولو أثناء المرافعة بالجلسة « المادة ١٩٨ مرافعات مصرى » بشرط أن يكون ذلك قبل قفل باب المرافعة [١]، ويمكن أن تكون هذه المحكمة هى المحكمة الجزئية أو الإبتدائية ، بحسب ما إذا كان الأمر صادراً من قاضى المحكمة الجزئية، أو من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الإبتدائية ، كل فى حدود اختصاصه[٢]، ويسرى ذلك حتى ولو كان أمام محكمة الإستئناف[٣].

على أن رفع التظلم إلى أيهما (القاضى الآمر أو المحكمة المختصة بنظر النزاع الذى رفع طلب استصدارالأمر بمناسبته) يسقط حق المتظلم في التظلم إلى الآخر [٤]، حيث أنه لا يجوز الجمع بين هذين الطريقين [٥].

والمتظلم هو الذى يختار ، ويجوز رفع التظلم أمام نفس القاضى الذى أصدر الأمر ، وذلك بالرغم من قيام الدعوى الأصلية المتعلق بها الأمر أمام المحكمة المختصة «المادة ١٩٩ مرافعات مصرى » ، أو أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى،وليس هناك ثمة حرج بالنسبة للقاضى الآمر في أن يعدل أمره السابق أو يلغيه وذلك إذا استبان له جدية وجهة النظر الأخرى ، والتى تقتضى ذلك ، حيث أنها لم تكن معروضة عليه حين إصداره للأمر الأول[٦].

---

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط٨- ص ٨٠٨ ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، ١٩٩٣ - بند ٦٠ ص ١١١ ، مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض - طبعة ١٩٩٠ - بند ٤١ ص ٥٤.

(٢) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - المرجع السابق - ص ٨٠٨.

(٣) أنظر : أمينة النمر - القواعد العامة للتنفيذ - ط٢ - ١٩٧١ - ص٥٧.

(٤) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤١٧ - ص ٨٥٦ .

(٥) أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - ط١٣ - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ٧٢٤.

(٦) أنظر : مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض ومنازعاتها التنفيذية - ص ٤٧.

ولم يحدد المشرع ميعاداً للتظلم من الأوامر على عرائض على نحو ماهو مقرراً بالنسبة للأحكام ، ومن ثم يجوز إقامة التظلم فى أى وقت ، سواءً لمن صدر الأمر برفض طلبه ، أو لمن صدر الأمر عليه ، أو الغير الذى قد تكون له مصلحة فى رفع التظلم من الأمر على عريضة .

ومع ذلك ، فإننا نلاحظ فى المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات المصرى إشارة بطريقة غير مباشرة لفكرة ميعاد التظلم من الأوامر على عرائض . فهذه المادة تنص على أنه: " يسقط الأمر الصادر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره . ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمراً جديداً ".

فيتضح من هذه المادة أنه لا يكون للتظلم محلاً إذا كان الأمر المتظلم منه قد سقط لعدم تقديمه للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

وكذلك يمنع التظلم من الأمر الصادر على عريضة صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ، إذ التظلم هو دعوى وقتية ينتهى أثرها بصدور الحكم فى الدعوى الموضوعية[١].

وقد ينص المشرع على سبيل الإستثناء على مواعيد للتظلم من بعض الأوامر على عرائض ، وذلك كنصه فى المادة ١٩٠ من قانون المرافعات المصرى فى الفصل الخاص بمصاريف الدعوى " الفصل الثانى من الباب التاسع من الكتاب الأول من قانون المرافعات " ، وهو خاص بالأمر الصادر بتقدير مصاريف الدعوى [٢]، ومن ثم ، فإن هذا الميعاد هو الذى يسرى باعتباره نصاً خاصاً[٣].

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٧ ص ٨٥٧ . وفى أساس ذلك . راجع : عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص٥٤٠ . رمزى سيف - الوسيط - ط ٨ - ص٧٠١.

(٢) والتى جاء نصها على النحو التالى : " يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر المشار إليه فى المادة السابقة (وهو الأمر بتقدير مصاريف الدعوى) ، ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم وذلك خلال الثمانية أيام التالية لإعلان الأمر ".

(٣) أنظر : مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض ومنازعاتها التنفيذية - ص٤٩ . ===

ومن ناحية أخرى ، فإن التظلم من الأمر الصادر على عريضة يرفع ، وأياً كان مضمونه ، وأياً كان شخص المتظلم ، بالإجراءات المعتادة للدعوى العادية أى بصحيفة دعوى تتضمن بيانات صحف الدعاوى وبيانات أوراق المحضرين ويجب أن يكون مسبباً وإلا كان باطلاً « المادة ١٩٧ /٣ من قانون المرافعات المصرى »[١]. والبطلان المترتب على عدم التسبب ، أو عدم كفايته ، يكون نسبياً لا يتعلق بالنظام العام ، ويخضع لتقدير المحكمة [٢].

ويتم إعلان صورة من صحيفة التظلم إلى المتظلم ضده ، وتُراعى قواعد صحة الإعلان القضائى المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، وفى اليوم المحدد للجلسة تُراعى قواعد غياب الخصوم وحضورهم المنصوص عليها فى المادة ٨٢ وما بعدها من ذات القانون .

وبتمام الإعلان الصحيح تنعقد الخصومة القضائية الحضورية ، وتطبق عليها كافة قواعد الخصومة المدنية العادية [٣] ، ويقصد بذلك ، طرق الإثبات

= وفى دراسة ميعاد التظلم من الأوامر على عرائض. راجع : نبيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – بند ٢٠ ومايليه – ص ١٤٥ ومابعدها ، مصطفى هرجة . الأوامر – بند ٤٤ ص٥٧ ، المؤلف – الأوامر القضائية – ص١٦٥ ومابعدها.

(١) وأياً كانت المحكمة التي يرفع إليها ، أو وسيلة رفعه ، أى سواءً كان التظلم مرفوعاً بصحيفة تودع ويتم إعلانها ، أو كان قد رفع بالتبعية للدعوى الموضوعية المرفوعة بالفعل أمام المحكمة المختصة ، سواءً قدم بمذكرة تودع وتعلن ، أو رفع شفاهة مع إثبات ذلك فى محضر الجلسة بشرط دفع رسم التظلم فى الجلسة ، وحضور المتظلم ضده.

(٢) أنظر : فتحي والى – الوسيط – طبعة سنة ١٩٩٣ – بند ٤١٧ ص ٨٥٧ ، مصطفى هرجة – الموجز فى الأوامر على عرائض – ص ٤٨.

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – بند ١٣٠ – ص ١٥٤ أحمد مسلم- أصول المرافعات – بند ٥٤٩ . والخصومة أمام قاضى التظلم ، هى خصومة حضورية ، وبالتالى يتم أمام هذا القاضى طرح جميع العناصر الواقعية والقانونية التى تفيد في إظهار حقيقة الأمر على عريضة ، وتسهم فى الفصل فى التظلم المرفوع عنه – مصطفى هرجة – الموجز فى الأوامر على عرائض – بند ١٣٥ – ص١٥٩. ويبني القاضى المختص بالتظلم عقيدته على أسباب التظلم التى تحدد نطاق الأثر الناقل للتظلم ، وتبين الأوجه التي يشكو منها المتظلم نبيل عمر – الأوامر على عرائض – بند ١٣٥ – ص ١٦٠ .

والدفوع وأوجه الدفاع الخاصة بالخصومة الوقتية ، حيث أن خصومة التظلم من الأمر الصادر على عريضة ، هى خصومة قضاءً وقتياً ، تسرى عليها قواعدها- أي قواعد خصومة القضاء الوقتى ، سواءً من حيث الميعاد ، وعدم جواز الوقف الإتفاقى أو القضائى ، وعدم حضور النيابة العامة ، إلى غير ذلك من خصوصيات خصومة القضاء الوقتى .

وإذا كان التظلم يرفع كقاعدة بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى « المواد ١/١٩٧ ، ١/١٩٩ من قانون المرافعات المصرى » ، وينظر وفقا للنظام الإجرائى للخصومة ، فإن القرارات التي تفصل فيه تصدر فى شكل الأحكام ويعد الحكم فى هذه الحالة حكماً وقتياً تطبق بشأنه القواعد العامة للأحكام الوقتية [١]. يصدر بما للقاضى الذى ينظر التظلم من الأمر على عريضة من سلطة قضائية ، ويأخذ شكل الأحكام العادية وله مضمونها[٢].

ويكون المشرع بذلك قد اتخذ من التظلم أساساً لإجراء تغييراً فى الوسائل الإجرائية التي يباشر بها النشاط القضائى ، فالتظلم يحول النظام الشكلى للنشاط القضائى ، فبدلاً من المنهج الاجرائى للأمر على عريضة ، يباشر النشاط

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ص ٩٢٤ ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ١٣٥ ص١٥٩ . مصطفى هرجة - الموجز فى الأوامر على عرائض - ص٥١ . وإن كان هناك جانب من الفقه يرى أنه ليست كل الأحكام الصادرة في التظلم . من الأوامر على العرائض مما تحوز طبيعة وقتية ، وإنما تتحدد طبيعة العمل فى ضوء المادة التي قضت فيها ، فإذا كانت المادة ولائية ، كان العمل ولائياً ، وإذا كانت وقتية ، كان العمل وقتياً ، وهكذا فالقاعدة الواجبة التطبيق فى هذا الخصوص هى أن الحكم في التظلم من الأمر يحوز ذات طبيعة الأمر المتظلم منه، فإذا كان الأمر ولائياً ، كان الحكم الصادر فى التظلم منه ولائياً ، وإذا كان الأمر وقتياً ، كان الحكم وقتياً ، وهكذا - أنظر فى هذا الرأى : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٦٠ ص ١١٢ - هامش رقم (٣).

(٢) أنظر : محمود هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى وإجراءاته فى قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار أبو المجد للطباعة - بند ١٠٦، ص ٢٠٩ ، وراجع أيضا : نقض مدنى مصرى ١٩٥٤/٢/١١ - المجموعة - س٥ص٢٢ ، ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ ، المجموعة س٣ص٦٥٥ ، ١٩٦٢/١٢/٦ - المجموعة ١٣-١٠٩٢ ، ١٩٨٢/٥/٣٠ - الطعن ٤٨٠ لسنة ٤٩ ق.

الاجرائى فى خصوص التظلم بإجراءات الخصومة القضائية ، وتصدر القرارات فيها فى شكل الأحكام [١].

ووفقاً لنص المادتين ١٩٧ /٢ ، ١٩٩ /٢ من قانون المرافعات المصرى تحكم المحكمة أو ذات القاضى الآمر فى التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ، وهذا الحكم يحوز حجية الشئ المحكوم فيه ، وإنما هذه الحجية مؤقتة على اعتبار أن الحكم الصادر يعد حكماً وقتياً لايمس موضوع الحق[٢]، ولا يقيد قاضى الموضوع الذى يجوز له الحكم على خلاف ما قضى به فى التظلم[٣].

وإذا كانت القرارات التى تفصل فى التظلم من الأمر على عريضة تصدر فى شكل الأحكام ،فإن المفترض الشكلى لإعمال نظام المراجعة المنصوص عليه فى المواد ١٩١ - ١٩٣ مرافعات مصرى ، والمواد ٤٦١ - ٤٦٤ ، ٤٨١ /٣ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة ، والخاصة بتصحيح الحكم القضائى

---

(١) فى تغيير المسار الإجرائى من النظام الإجرائى للأوامر إلى النظام الإجرائى للأحكام فى حالة التظلم من الأوامر على عرائض، راجع : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ٦٠ ص ١١٢ ، الأوامر على العرائض وأوامر الأداء - المقالة السابقة - ص ٧٦ ومابعدها . والتظلم المرفوع ضد الأمر الصادر على عريضة يخول لقاضى التظلم إعادة الفصل فيما سبق الفصل فيه من القاضى الآمر ، وفى حدود ما عرض عليه وصدر فيه أمراً ، ورفع عنه تظلماً.

(٢) أنظر : مصطفى هرجة - الموجز فى الأوامر على عرائض - ص ٥١ • ذلك أن القاضى يفصل في التظلم ، سواءً كان هو القاضى الذى أصدر الأمر ، أو المحكمة المختصة ، أو المحكمة التي تنظر الموضوع إذا رفع التظلم على سبيل التبعية أمامها ، إنما يحكم في حدود الولاية التى كانت للقاضى الآمر عند إصداره للأمر ، وبالتالى يجب عليه - أى قاضى التظلم - عدم المساس بموضوع النزاع الذى صدر الأمر تمهيداً له أو بمناسبته ، بشكل يؤدى إلى حسمه ، لأن هذا الموضوع لم يطرح عليه بهدف الفصل فيه ، ولم يطلب منه ذلك - أنظر فى ذلك : نبيل عمر الأوامر على عرائض - بند ١٣٧ ص ١٦٢ ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى وإجراءاته ص ١٧١ ، وراجع أيضا : نقض مدني ١٩٦٢/١٢/٦ مجموعة النقض س١٣ ص ١٠٩٢ .

(٣) أنظر : مصطفى هرجة - الموجز فى الأوامر على عرائض - ص ٥١ ، المؤلف - الأوامر القضائية ص١٧٢ .

من الأخطاء المادية ، كتابية كانت أم حسابية ، وتفسيره وإزالة ما يكتنفه من الغموض والإبهام ، والفصل فيما أغفل الفصل فيه من طلبات موضوعية يكون قد تحقق ، وفى ضوء ذلك يمكن وضع القاعدة التالية : " الأوامر على العرائض وإن كانت لا تخضع لقواعد المراجعة الخاصة بالأحكام القضائية ، فإن الأحكام الصادرة فى التظلم منها تخضع لهذه القواعد "[١].

وكذلك تخضع الأحكام الصادرة فى التظلم للقواعد العامة للأحكام وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٩٩ /٢ مرافعات مصرى على أن:"حكم القاضى فى التظلم يكون قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية"، ومن ثم يقبل الطعن فيه بالإستئناف فى جميع الأحوال ، وبغض النظر عن قيمة الحق الذى صدر الأمر على عريضة بمناسبته .

والمحكمة التى تختص بنظر استئناف الحكم الصادر من القاضى الآمر فى التظلم تختلف باختلاف هذا القاضى ، فإذا كان الحكم فى التظلم صادراً من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الجزئية ، إختصت بنظر الإستئناف المحكمة الإبتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية . أما إذا كان الحكم فى التظلم صادراً من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص بنظر الإستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فى التظلم يكون للمحكمة الإستئنافية التى تتبعها المحكمة الإبتدائية [٢].

وإذا كان الأمر صادراً من رئيس دائرة إبتدائية إستئنافية ، أو من رئيس محكمة إستئنافية ، وتم التظلم أمام هؤلاء القضاة أو أمام هذه المحكمة ، فإن الحكم الصادر فى التظلم ، يكون حكماً وقتياً لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف[٣].

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ٦٠ – ص١١٣.

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – ط١٣ – ص٧٢٤ ومابعدها ، المؤلف الأوامر القضائية ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(٣) أنظر : نبيل إسماعيل عمر – الأوامر علي عرائض ونظامها القانونى – بند ١٤١ ص ١٦٦.

ويتم الطعن بالإستئناف بالإجراءات العادية لاستئناف الأحكام . ويتم الإعلان وتتولد الخصومة القضائية وفقاً للقواعد العامة [(١)].

ويلاحظ أن ميعاد الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم من الأمر على عريضة هو خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم ، أومن تاريخ إعلانه وذلك وفقاً للمادة ٢١٣ من قانون المرافعات المصرى . وهذا الميعاد يقف ويمتد وفقاً للقواعد العامة [(٢)].

---

(١) أنظر : المؤلف - الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم -ص١٧٥ هامش رقم (٢).

(٢) أنظر : المؤلف - الأوامر القضائية - ص١٧٥ . وفى دراسة التظلم من الأمر على عريضة «صاحب الصفة فيه ، إجراءات رفعه ، ميعاده ، ضرورة تسبيبه ، نظره والحكم فيه ،والطعن فى الأحكام الصادرة فيه " ، راجع : المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٤٥ ومابعدها.

الفصل الثالث

شروط استصدار الأمر على عريضة [١]

ضرورة تقييد سلطة القاضي في إصداره للأوامر على عرائض

تساءل جانب من الفقه [٢] عما إذا كان هناك شروطاً يجب توافرها لقبول طلبات الأوامر على عرائض . بحيث إذا تخلفت هذه الشروط ، كانت هناك فرصة لصدور أمراً من القضاء بعدم قبول العريضة أو لصدور أمراً برفض إصدار الأمر على عريضة.

وفى هذا الصدد ، فإن جانباً من الفقه الإجرائى قد ذهب إلى ضرورة عدم تقييد قاضى الأوامر بأى قيد فى إصداره لمثل هذه الأوامر ، لأنه فى إصداره لها ، إنما يمارس سلطته الولائية التى تتميز بتمتع القاضى فى ممارستها بقدر كبير من حرية التقدير [٣]، وأن قبوله للطلب وإصداره الأمر على عريضة ، إنما يتوقف على ظروف هذا الطلب . تلك الظروف التى تختلف من طلب إلى آخر.

ويستند هذا الجانب من الفقه الإجرائى فى ذلك إلى أن المشرع لم يضع أية قيود على سلطة القاضى فى تقدير قبول طلبات الأوامر على عرائض.

وقد انتقد جانب من الفقه الإتجاه الفقهى السابق [٤] على أساس أن نظام الأوامر على عرائض يخول لذى المصلحة من الأفراد مكنه الحصول على نوع معين من أنواع الحماية القضائية ، وهو الحماية الوقتية . وهذه الحماية الوقتية يمكن الحصول عليها إما عن طريق الدعوى المستعجلة ، وإما عن طريق الأوامر

---

(١) فى شروط استصدار الأمر على عريضة . أنظر : نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ٦٦ ص ٨٦ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم - ص ٩٨ ومابعدها.

(٢) أنظر نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ٦٣ - ص ٨٣.

(٣) أنظر فى هذا الرأى : عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ١٧٢ ، أحمد مليجى موسى نطاق الولاية القضائية والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٠.

(٤) أنظر فى هذا الرأى : نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ٦٤ ومايليه ص ٨٤ ومابعدها.

على عرائض ، والحماية الوقتية التى يتم التوصل إليها عن طريق القضاء المستعجل ، تتم عن طريق الدعوى القضائية ، ويشترط لقبولها شروط قبول الدعوى القضائية العادية ، وفى ذلك بعض التيسير نظراً لظروف الإستعجال كما يتم فيها احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم فى الإجراءات وحقوق الدفاع ويقوم القاضى بالفصل فيها إعمالاً لسلطته القضائية.

وعلى النقيض من الإتجاه الفقهى السابق ، فقد ذهب جانب آخر من الفقه[١] وبحق إلى القول بأنه ليس للقاضى قبول الطلب وإصدار الأمر على عريضة إلا إذا كان هناك إحتمالاً لوجود الحق أو المركز القانونى الذى يتعلق به الأمر المطلوب استصداره ، وكان هناك خوفاً أو خطراً من وقوع ضرر على الحق أو المركز القانونى ، بفرض وجوده ، إذا لم يصدر الأمر ، وأن يكون المطلوب هو تدبيراً تحفظياً أوإجراءً وقتيا لا يمس الموضوع ، وأن يقتضى تحقيق الهدف من الإجراء المطلوب صدوره عدم قيام أية مواجهة بين الخصوم فى الإجراءات.

فمن ناحية ، فإن على قاضى الأمور الوقتية أن يتحقق من أن طالب استصدار الأمر على عريضة هو صاحب حقاً أو مركزاً قانونياً مما تحميه بصورة مجردة قواعد القانون الموضوعى ، وأن هذا الحق لم تحدث بالنسبة له أية منازعة قائمة وحالة . وأن الطالب هو صاحب الحق أو من يمثله ، وأن هذا الحق توجد قاعدة قانونية تحميه عند الإعتداء عليه ، فهو حقاً قانونياً يشكل لصاحبه مايمكن تسميته بالمصلحة القانونية [٢].

ومن ناحية أخرى ، فإن قاضى الأمور الوقتية يتولى تقدير بواعث الطالب من خلال وجود خوفاً يرد على حقه الموضوعى أو مركزه القانونى . كما يقوم بتقدير مدى الضرر الذى يحيق بهذا الحق إذ لم يتم إتخاذ الإجراء الوقتى .

بالإضافة إلى ذلك ، فإن الأمر الصادر من القاضى الخاص بالأمور الوقتية، هو تدبيرا وقتيا أو اجراءً تخفظيا ، وبالتالى لا يحسم نزاعا على أصل

---

(١) أنظر فى هذا الرأى : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ص ٦٨١ ،نبيل عمر– الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – بند ٦٦ ص ٨٦ ومابعدها.

(٢) أنظر : نبيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – بند ٦٦ ص ٨٦.

الحق ، ولا تكون له أية حجية بالنسبة لهذا الحق ، والتدبير الوقتى أو الإجراء التحفظى الذى يُؤمر به ، تتحدد عناصره بالنظر إلى طبيعة الحق أو المركز القانونى المراد اتخاذ التدبير لحمايته ، بحيث يكون من شأنه الحفاظ على الحق أو المركز القانونى محل الإعتبار (١).

كما أن على القاضى أن يتأكد من أن إجابة الطالب إلى طلبه لن تؤدى إلى الإضرار بالحقوق الموضوعية الخاصة بالصادر عليه الأمر ، حيث أن نظام الأوامر على عرائض يعد استثناءً من مبدأ المواجهة بين الخصوم فى الإجراءات واحترام حقوق الدفاع على الأقل فى مرحلة استصدار الأمر.

ويؤكد هذا الجانب من الفقه (٢) ، أن هذه الشروط اللازمة لقبول الأمر على عريضة تتطابق مع نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى ، والتى تنص على أنه : " لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر لا يكون لصاحبها فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.

.... " (٣).

وهذه المادة تشكل شرط المصلحة الذى هو مناط قبول أى طلب أو دفع أوطعن .

وعلى القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه هذه الشروط ، فإن وجدها متوافرة، تطرق إلى نظر المطلوب منه، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط ، فإنه يرفض إصدار الأمر .

حالات استصدار الأوامر على عرائض

إذا كانت مجموعة المرافعات المصرية وعند صدورها قد نظمت القواعد العامة فى الأوامر على عرائض ، وذلك فى الباب العاشر من الكتاب الأول « المواد من ١٩٤ إلى ٢٠٠ » (٤) ، فإنها لم تحدد عند صدورها حالات

---

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر – المرجع السابق – بند ٦٦ ص ٨٨.

(٢) أنظر : نبيل إسماعيل عمر – المرجع السابق – بند ٦٧ ص ٨٨.

(٣) القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد ١٩ «مكرر» فى ٢٢ مايو سنة ١٩٩٦ .

(٤) وهى تتضمن قواعد إجراءات استصدار الأمر على عريضة ، والتظلم منه ، وهذه القواعد تنطبق على جميع الأوامر على عرائض ،مالم ينص القانون على قاعدة خاصة تنطبق على نوع معين منها.

استصدار الأوامر على عرائض/أى الحالات التى يجوز فيها اللجوء إلى وسيلة الأوامر على عرائض ، واكتفت بالنص فى المادة ١٩٤ من قانون المرافعات على أن تتبع الإجراءات المنصوص عليها فى هذه المادة ومابعدها «فى الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر يقدم عريضة إلى قاضى الأمور الوقتية.... » ، وهذه الأحوال وردت فى نصوص متفرقة ، سواءً فى مجموعة المرافعات ، أو فى غيرها . ومن أمثلتها ، الأمر بإنقاص ميعاد التكليف بالحضور « المادة ٣/٦٦ من قانون المرافعات المصرى » ، والأمر بإنقاص ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج « المادة ٢/١٧ مرافعات مصرى»، والأمر بإجراء الإعلان أو التنفيذ فى غير الأوقات الجائز الإعلان أو التنفيذ فيها « المادة ٧ من قانون المرافعات المصرى » (١) ، وغيرها (٢).

---

(١) فى دراسة هذه الأحوال . راجع : فتحي والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٧٣ - بند ٤١٣ ص ٤٨٥ ومابعدها ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ٥٤ ومايليه ص ٧٣ ومابعدها ، مصطفى هرجة- الأوامر على العرائض ومنازعاتها التنفيذية - ص ٦٦ ومابعدها ، الموجز فى الأوامر على العرائض - ص ١ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - التنفيذ القضائى - طبعة سنة ١٩٩٥ ص ١٤٠ ، ١٤١ أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - بند ١٤٥ ص ٢٧١ المؤلف - الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات - ص ٦١ ومابعدها.

(٢) ومن أمثلتها : تقدير مصاريف الدعوى «م ١٨٩ مرافعات» ،إمتناع المحضر عن الإعلان «م٨ مرافعات» ، الأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية «م٣٤ مرافعات» إمتناع قلم الكتاب عن إعطاء الصورة التنفيذية الأولى «م١٨٢ مرافعات» ، الأمر بمد ميعاد جرد التركة «م٩٣٥ مرافعات» ، الأمر ببيع منقولات التركة "٩٣٦" الأمر بتعيين وصى على التركة "٩٣٨ مرافعات" بتعيين الإذن للقيم أو الوصى أو وكيل الغائب بالقيام بعمل من أعمال الإدارة «م١٠٠٣ مرافعات» ، الإذن بتسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار أوسلب الولاية «م١٠٢٦ مرافعات» ، إمتناع المحضر عن القيام بأى إجراء من إجراءات التنفيذ «م٢٧٩ مرافعات»، الأمر بتنفيذ السندات الرسمية المحررة فى بلد أجنبى «م٣٠٠ مرافعات» ، الإذن بتفتيش المدين لتوقيع الحجز على مافى جيبه «م٣٥٦ مرافعات» ، الأمر بندب خبير لتقويم المصوغات والسبائك الذهبية «م٣٥٨ مرافعات» ، الأمر بنقل الأشياء المحجوزة «م٣٦٥ مرافعات» ، تقدير أجر الحارس «م٣٦٧ مرافعات» ، الإذن بالجني أو الحصاد «م٣٧٠ مرافعات» ، الأمر بمد الميعاد المقرر لسقوط الحجز «م٣٧٥ مرافعات» ، الإذن ببيع الأشياء المحجوزة المعرضة للتلف «م٣٧٦ مرافعات» . وراجع فى تطبيقات أخرى نصوص المواد أرقام ٣٧٩ ، ٣٩٩ ، ٤٠٦ من قانون المرافعات ، وحالات أخرى خاصة وردت بالمواد ===

وكانت العبارة الواردة فى صدر المادة ١٩٤ من قانون المرافعات قد أثارت خلافاً فى الفقه بصدد تحديد ما إذا كان يمكن استصدار أمراً على عريضة إذا توافرت شروط استصداره ، ولو لم يوجد نصاً خاصاً يجيزه فى الحالة المطلوبة. وانقسم الفقه إزاء هذه المسألة إلى فريقين أوأكثر ، وذلك بطبيعة الحال قبل تعديل نص المادة ١٩٤بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، والذى سد الباب ونص على أن الأوامر على عرائض لا تكون إلا إذا نص القانون عليها ، يستوى فى ذلك أن يكون ذلك القانون هو قانون المرافعات ، أو أى قانون آخر .

فقد ذهبت الغالبية فى الفقه الإجرائى آنذاك [(١)]، إلى أن حالات إصدار الأوامر على عرائض ، والتى وردت فى نصوص قانون المرافعات أو القوانين الأخرى المختلفة ، إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر ، وأنه يمكن استصدار أمراً على عريضة كلما اقتضت المصلحة ذلك ، دون الإستناد إلى سند تشريعى ، وعلى ذلك ، يجوز للقاضى إصدار الأوامر على عرائض فى حالات لم يرد نص بشأنها. وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الإتجاه الغالب فى الفقه، وقضت بأن الأوامر على العرائض يجوز إصدارها فى غير الحالات المنصوص عليها متى توافرت شروطها ، وذلك عملاً بنص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات [(٢)].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه [(٣)]إلى أن نظام الأوامر على عرائض هو

= ٩٦٤ ، ٩٠٩ . وفى بيان صيغ لطلبات الأوامر على العرائض المقدمة إلى قاضى الأمور الوقتية . راجع : على عوض حسن – الصيغ القانونية لطلبات استصدار الأوامر على العرائض – ١٩٩٤ دار الفكر الجامعى – الأسكندرية – ص١٩ ومابعدها.

(١) من هؤلاء : محمد وعبد الوهاب العشماوى ، قواعد المرافعات – ط١ – جـ١ – ص ٢٨٨ عبدالباسط جميعى – مبادئ طبعة ١٩٨٠ ص ١٧٤ ، أحمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية – ص ١٦٦ ، نبيل عمر – الأوامر – بند ٦٢ ، ص ٨١ ، ٨٢ .

(٢) راجع: نقض مدنى مصرى – الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٥٣ قضائية – جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ – مشاراً لهذا الحكم فى مرجع مصطفى هرجة – الأوامر على عرائض – طبعة سنة ١٩٩٠ – ص ١٦.

(٣) من هؤلاء : محمد حامد فهمى – التنفيذ – بند ٢٣ ، أحمد أبو الوفا – المرافعات – ط١٤ سنة ١٩٨٦ – ص ٧٥٥ ، التنفيذ – ص١٢٦ ،محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٣٧٧ ، أمينة النمر – قوانين المرافعات سنة ١٩٧٩ – ص ٥٢٠ ، قانون المرافعات سنة ١٩٨٦ ص٤٨٠.

نظاماً إستثنائياً من القاعدة العامة التى تستوجب اللجوء إلى القضاء بطريق الدعوى ، وهو وارداً فى التشريع على سبيل الحصر ، ومعنى ذلك لدى هذا الجانب ، هو حصر وتحديد حالات الأوامر على عرائض . وعلى ذلك ، فإنه لايجوز للقاضى إصدار أمراً على عريضة إلا إذا كان له سنداً قانونياً فى ذلك.

وذهب فريق ثالث من الفقه (١) إلى أن المناط فى حل مسألة ما إذا كانت الأوامر على عرائض تعتبر واردة فى التشريع على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، هو البحث عما إذا كانت نظام هذه الأوامر يعد نظاماً عادياً أو نظاماً إستثنائياً فى قانون المرافعات . فإذا كان نظاماً عادياً ، فإن الحالات المنصوص عليها فى التشريع تكون واردة على سبيل المثال ، أما إذا كان نظاما استثنائيا فإن الحالات المنصوص عليها تكون واردة على سبيل الحصر ، ويرى هذا الجانب من الفقه ، إختلاف هذا البحث ، باختلاف طبيعة العمل ، فالأوامر على عرائض تعد شكلاً عادياً لقرارات القضاء الولائى فى مجال المعاملات المالية كما تعد كذلك بالنسبة لقرارات التنفيذ القضائى . وإذاً فالقاعدة بالنسبة لهذه الأعمال ، هى اتباع نظام الأوامر على عرائض مالم ينص القانون على شكل آخر وفى هذا المجال ، تعتبر الأوامر على عرائض واردة فى القانون على سبيل المثال (٢).

أما بالنسبة للقضاء الوقتى أو القضاء الموضوعى ، فإنها - أى الأوامر على عرائض - تعد شكلاً إستثنائياً ، لأن الشكل العادى لهذه الأعمال هوالخصومة القضائية والحكم القضائى الصادر فيها ، ولذا لا يتبع نظام الأوامر على العرائض إلا فى الحالات المنصوص عليها ، وبالتالى تعتبر الأوامر على عرائض فى هذا المجال واردة على سبيل الحصر.

ومن الملاحظ ، أنه وبتاريخ أول يونية سنة١٩٩٢ صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والذى نص فيه على أن يُعمل به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٩٢

---

(١) أنظر فى هذا الرأى : وجدى راغب - مبادئ - طبعة سنة ١٩٧٧ - ص٤٦٤.

(٢) أنظر : وجدى راغب - الإشارة السابقة.

، وأدخل على القانون القائم تعديلات جوهرية بخصوص الأوامر على العرائض ، فبعد أن كان الرأى الغالب فقهاً يذهب إلى أن الأوامر على العرائض غير محددة في القانون على سبيل الحصر ، وأنه يجوز للقاضى إصدارها فى كل حالة يرى فيها أن للخصم وجهاً فى استصدارها ، جاء التعديل الجديد ، وسد ذلك الباب ، ونص على أن الأوامر على العرائض لا تكون إلا إذا نص القانون عليها ، يستوى أن يكون ذلك القانون هو قانون المرافعات أو أى قانون آخر [1]، حيث أخذ المشرع بالرأى الثانى ، الذى يحصر استصدار الأوامر العرائض فى الحالات التى نص عليها القانون .

وحسنا ما فعله المشرع عندما عدل نص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات وذلك بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، وحصر بموجبه إستصدار الأوامر على العرائض فقط في الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجهاً فى استصدار أمر ، وبهذا يكون المشرع قد أقر وبصفة حاسمة الطبيعة الإستثنائية لنظام الأوامر على عرائض.

---

(١) حيث تنص المادة ١٩٤ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ علي أنه : " في الأحوال التي ينص فيها القانون علي أن يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر .... " . وكان نص المادة ١٩٤ قبل تعديلها يجري على النحو التالى : " فى الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر ... " .وفى دراسة التعديلات المستحدثة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ فى التنظيم القانونى للأوامر . راجع : أحمد ماهر زغلول - الأوامر على عرائض وأوامر الأداء - المقالة المشار إليها - ص ٧٨ وما بعدها . وفى انتقاد الإتجاه الذى أقرته التعديلات الجديد فى شأن حصر حالات الأوامر على عرائض - راجع : فتحي والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٣ ص ٨٥١ ، أحمد ماهر زغلول - الأوامر على العرائض وأوامر الأداء - المقالة المشار إليها - ص٨٣ وما بعدها ، حيث أجرى سيادته تقييما إنتقادياً لهذه التعديلات المستحدثة ، أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ بند ١٤٥ ص ٢٥١ هامش رقم (٢) ، ومحاضرة لسيادته ألقيت فى مركز السنهورى للدراسات القانونية بجامعة القاهرة . فى ديسمبر سنة ١٩٩٢ ، حيث استعرض وجوه انتقاد التعديلات التي تضمنها القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ فى خصوص الأوامر ، السيد عبد العال تمام : الأوامر والأحكام وطرق الطعن - ١٩٩٥ - مطبعة حمادة بقويسنا - المنوفية - ص١٤ ومابعدها.

ذلك أنه وبالنظر إلى ماقد لوحظ فى العمل من أن بعضاً من القضاة قد أساء استخدام سلطته التقديرية فى إصدار الأوامر على عرائض ، فصدرت أوامر دون توافر الشروط التي تقتضى إصدارها ، وأن الأوامر على العرائض تكون نافذة بقوة القانون بمجرد صدورها ، ولا يوقف التظلم منها قوتها التنفيذية ، مما يؤدى إلى نتائج ضارة من المتعذر تداركها ، وبصفة خاصة عند إساءة إستعمال السلطة من جانب القضاة فى إصدار الأوامر على العرائض ، فإننا نستحسن الإتجاه الذى أخذ به التعديل الجديد فى اعتبار نظام الأوامر على عرائض نظاماً إستثنائياً من القاعدة العامة التي تستوجب اللجوء إلى القضاء بطريق الدعوى وإعتباره وارداً فى التشريع على سبيل الحصر ، وأنه يلزم نصاً خاصاً فى كل حالة يراد فيها إستصدار أمراً على عريضة.

شكل عريضة الأمر ومشتملاتها:

تنص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصرى على أنه: " فى الأحوال التى ..... يقدم عريضة بطلبه إلى .... وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشتملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطناً مختاراً للطالب فى البلدة التي بها المحكمة ، وتشفع بها المستندات المؤيدة لها ".

ووفقاً لنص المادة ١٩٤ السابق ، فإن عريضة الأمر لها شكلاً معيناً ، وبها مضموناً محدداً أيضاً [١]. فيتعين أن تكون العريضة التي يقدمها الطالب لاستصدار أمرٍ عليها من نسختين متطابقتين ، وأن تكون مشتملة على البيانات اللازمة لتحديد كل من طالب إستصدار الأمر ، والمطلوب صدور الأمر ضده ، كما يجب أن تشمل على وقائع الطلب وأسانيده ، أى أساسه من الناحية القانونية الذى يبرر أحقية طالب الأمر فيما يطلب ، كما يجب أن تتضمن عريضة الأمر ، تاريخ اليوم والشهر والسنة التي قدمت فيها العريضة ، ومايدل على دفع

(١) فى دراسة شكل عريضة الأمر ومشتملاتها : راجع : نبيل عمر - الأوامر علي عرائض ونظامها القانونى - بند ٩٣ - ١ - ص ١١٣ ،١١٤ ،مصطفى هرجة - بند ١٩ ص ٣٥ ، المؤلف- الأوامر القضائية - ص ١١٥ ومابعدها .

الرسوم المقررة [(١)]. وعلى القاضى أن يمتنع عن إصدار الأمر على عريضة حتى يتم سداد الرسم المستحق [(٢)]، وإذا فرض وأصدر القاضى الأمر على عريضة دون سداد الرسم المستحق ، فلا يترتب ثمة بطلان. وكل ما هنالك هو أن يقوم قلم الكتاب بتحصيل الرسوم المستحقة عن الأمر من الطالب [(٣)]، ولايجب أن يقوم الطلب من محام ، فيمكن تقديمه من نفس الخصم ، كما لايلزم توقيع محام على الطلب، أى العريضة التى تقدم لاستصداز الأمر عليها [(٤)].

القاضى المختص بإصدار الأوامر على عرائض :

تنص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات ، والمعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ تنص على أنه: " فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه فى استصدار أمر ، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى ... ".

كما تنص المادة ٢٧ من قانون المرافعات المصرى على أنه: " قاضى الأمور الوقتية فى المحكمة الإبتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضائها وفى محكمة المواد الجزئية هو قاضيها ".

كما تنص المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات على أنه: " يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ.

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٥ ص ٨٥٣ ، نبيل عمر - الأوامر علي عرائض - بند ٣/٩٥ص ١١٧، أنظر أيضا : نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١٢/١٨ فى الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ق.

(٢) أنظر : نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ٩٣ /١ ص ١١٥ ، مصطفى هرجة - الأوامر ص٣٢.

(٣) أنظر : نقض مدني جلسة ١٩٧٨/١٢/١٨ فى الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق، ١٩٧٣/١٢/٢٩ فى الطعن رقم ٤٨٦ لسنة ٣٧ ق ، ١٩٧٣/٢/٦ فى الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٣٧ ق.

(٤) أنظر : فتحي والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٥ ص ٨٥٣ ، مصطفى هرجه الأوامر على عرائض - ص ٢٨ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١١٤ ومابعدها.

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة ".

ويستفاد من النصوص القانونية السابقة ، أن طلب الأمر على عريضة يقدم إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة ينظر النزاع المتعلق به الأمر أو إلى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى الموضوعية إذا طلب الأمر المتعلق بها أثناء نظرها. فإذا كان الأمر متعلقاً بالتنفيذ ، كان الإختصاص لقاضى التنفيذ وليس لقاضى الأمور الوقتية.

وإذا طلب الأمر على عريضة ، وكان متعلقاً بدعوى لم ترفع بعد أمام القضاء ، وكان من اختصاص المحكمة الإبتدائية ، فإنه يكون من الواجب تقديمها إلى قاضى الأمور الوقتية بها ، أما إذا كانت هذه الدعوى من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، كان القاضى الجزئى هو المختص بإصدار هذا الأمر [1].

فالمادة ١٩٤ من قانون المرافعات قد فرقت بين فرضين ، فرض ما إذا كان النزاع لم يعرض على القضاء ، والفرض الثانى حالة لو أن النزاع كان معروضاً على القضاء ولم يفصل فيه بعد [2].

وفيما يتعلق بالفرض الأول والخاص بحالة ما إذا كان النزاع لم يعرض بعد على القضاء ، فإن الإختصاص بإصدار الأوامر على عرائض ، يكون لقاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة مستقبلاً بنظر النزاع على أصل الحق . وبناءً على ذلك ، فإذا طلب أمراً على عريضة ، وكان متعلقاً بدعوى لم ترفع بعد إلى القضاء ، و كانت من اختصاص المحكمة الإبتدائية ، فإنه يكون من الواجب تقديمها إلى قاضى الأمور الوقتية بها . أما إذا كانت هذه الدعوى من اختصاص

---

(١) فالإختصاص بإصدار الأمر على عريضة ينعقد لقاضى فرد وليس لمحكمة منعقدة بكامل هيئتها، وهذا من مظاهر التبسيط والسرعة فى نظام الأوامر على العرائض • وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٦ ، دار الفكر العربي – ص ٧٠٣.

(٢) فى التفرقة بين الفرضين . راجع :نبيل عمر – الأوامر علي عرائض – بند ٧٠ ومايليه ص ٩١ ومابعدها .

محكمة المواد الجزئية ، كانت هذه المحكمة هى المختصة بإصدار الأمر ، وكذلك الحال إذا كانت الدعوى الموضوعية تدخل فى الإختصاص النوعى لمحكمة متخصصة، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة تجارية جزئية ، أو محكمة عمالية جزئية ، فإن قاضى هذه المحكمة دون غيره يختص بإصدار الأوامر المتعلقة بها[١].

أما بالنسبة للفرض الثانى ، والخاص بحالة لو أن النزاع كان معروضاً على القضاء ولم يفصل فيه بعد ، فإنه فى هذه الحالة إذا كان النزاع معروضاً على محكمة جزئية عادية أومتخصصة ، كمحكمة تجارية جزئية ، فإن الإختصاص بإصدار الأوامر على العرائض في هذا الفرض يكون لقاضيها ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٧ من قانون المرافعات.

أما إذا كان النزاع معروضاً أمام المحكمة الإبتدائية ، فيكون الإختصاص بإصدار الأوامر على العرائض لقاضى الأمور الوقتية بها ، أو لرئيس الهيئة التى تنظر الدعوى ، ويكون لطالب الأمر الخيار بينهما ، وذلك عملاً بنص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات.

أما إذا كان النزاع معروضاً أمام المحكمة الإستئنافية ، فإن الإختصاص بإصدار الأوامر على عرائض بشأن هذا النزاع ، يكون لرئيس الهيئة التى تنظر الدعوى ، وذلك تأسيساً على أن المحاكم الإستئنافية ليس بها قاضياً للأمور الوقتية [٢].

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٤ ص ٨٥٣.

(٢) أنظر : أمينة النمر - قوانين المرافعات - ص ٥٢٧ ومابعدها . وفى الإختصاص بإصدار الأوامر علي عرائض .راجع : أحمد مسلم - أصول المرافعات - ١٩٧٧ ص ٦٤٠ ، عبد الباسط جميعى مبادئ - ص ١٦٩ وما بعدها ، فتحي والى - الوسيط - ص ٨٥٣ ومابعدها ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض - بند ٦٩ ومايليه ص ٩٠ ومابعدها ، مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض ص ٣٠ ومابعدها ، الموجز فى الأوامر علي عرائض - ص ٢٢ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - جـ١ - بند ١٤٥ ، ص ٢٧٢ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٠٢ ومابعدها.

وكذلك يختص قاضي التنفيذ دون غيره ، وبنص القانون ، بإصدار القرارات والأوامر على العرائض المتعلقة بالتنفيذ مالم يقرر القانون بنصوص صريحة جعل الإختصاص ببعض أنواع التنفيذ لقاض آخر ، مثل اختصاص مأمور التفليسة بالأوامر المتعلقة بالتفليسة [١]. وكذلك الأمر بالحجز التحفظي الذي يتصل بأمر الأداء ، فإنه يصدر من القاضي المختص بإصدار الأمر بالأداء، ولا يصدر من قاضي التنفيذ [٢].

فقد يرد النص بتحديد الإختصاص بإصدار الأوامر على عرائض في نصوص قانونية خاصة . سواءً وردت هذه النصوص في قانون المرافعات ، أو في فرع آخر من فروع القانون ، وفي هذه الحالة يجب إحترام النص الخاص في النطاق الوارد به ، كما يجب إعمال الإجراءات الخاصة بنظام العرائض في قانون المرافعات ،إلا إذا وردت نصوصاً خاصة بالإجراءات الواجب اتباعها ، فعندئذ يتعين إتباع الخاص بما ورد به ، والإبقاء على ما ورد في النصوص العامة، وذلك في النطاق الذي ترد به.

وعلى ذلك ، قد يجعل المشرع الإختصاص بإصدار الأمر على عريضة لقاض غير ما ورد بالقاعدة العامة الواردة في المادة ١٩٤ مرافعات ، مثال ذلك الإختصاص بالأوامر على عرائض المتعلقة بالتنفيذ ، يكون الإختصاص النوعي بها لقاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور الوقتية [٣].

ومن ناحية أخرى ، فإن اختصاص قاضي الأمور الوقتية يتحدد بالمنازعات والمسائل التي يختص بها القضاء العادي ، وبالتالي ، فإن على قاضي الأمور الوقتية ، وعند إصداره الأوامر على عرائض ، أن يتقيد بذات

---

(١) أنظر : وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى - ص ٧٠٣.

(٢) أنظر : عبد الباسط جميعى - مبادئ - ص ١٦٩ .

(٣) راجع : نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض - طبعة سنة ١٩٩٠ - بند ٧٦ - ص٩٧ .
هذا ويلاحظ أن الإختصاص القضائى لقاضى العرائض ، سواءً كان هو قاضى الأمور الوقتية ، أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوي ، أو رئيس المحكمة المختصة بنظر الدعوي ، أو أى قاض يمنحه المشرع سلطة إصدار الأوامر علي عرائض ، يتحدد بالمحددات العامة للإختصاص القضائى - راجع فى ذلك : نبيل عمر - الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ٧٩ ومايليه ص ١٠٠ ومابعدها.

الحدود التى تحدد اختصاص القضاء العادى ، ومن ثم ، إذا عرض عليه طلباً بعريضة لاستصدار أمراً وقتياً عليها ، وكان يخرج عن حدود اختصاص القضاء العادى ، كما إذا كان أصل الحق فيه مسألة منازعة إدارية ، أو كان متعلقاً بنزاع يدخل فى اختصاص هيئة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادى كالمحكمة الدستورية العليا فى مصر مثلاً ، فإنه يتعين عليه – أى على قاضى العرائض – أن يمتنع من تلقاء نفسه عن إصدار الأمر [(١)] ، فإذا أصدره رغم عدم اختصاصه الولائى أو الوظيفى أعتبر الأمر باطلاً لصدوره من قاضى غير مختص ولائياً أو وظيفياً بإصداره . وهو بطلاناً يتعلق بالنظام العام ، على أساس أن الإختصاص الولائى أو الوظيفى يتعلق بالنظام العام ، وذلك وفقاً لنص المادة ١٠٩ من قانون المرافعات [(٢)].

وقاضى العرائض فى رفضه إصدار الأمر إذا ما تبين له أنه غير مختص بإصدار الأمر ، سواءً كان عدم اختصاصه نوعياً أو وظيفياً أومحلياً [(٣)] لايستطيع إحالته إلى الجهة المختصة وفقاً للمادة ١١٠ من قانون المرافعات المصرى ، وذلك لأنه لا يصدر بمناسبة الأمر على عريضة حكماً قضائياً ، وإنما أمراً ولائياً بإجراء وقتى ، ومن ثم ، فلا مناص من الرفض فقط دون الإحالة فى هذه الحالة [(٤)] ، ويجب بالتالى على طالب الأمر أن يلجأ بنفسه إلى جهة الإختصاص [(٥)].

---

(١) لأن قاضى الأمور الوقتية يستمد ولايته من ولاية الجهة التي يتبعها . فإذا كان الطلب الوقتى يتعلق بمنازعة إدارية ، إمتنع عليه إصدار الأمر لخروج موضوع الطلب من ولاية جهة المحاكم التي يتبعها.

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – طبعة سنة ١٩٩٣ – بند ٤١٤ ص ٨٥٣ . مصطفى هرجة – الأوامر على عرائض – ص ٣١ .

(٣) الإختصاص المحلى هنا يتعلق بالنظام العام ، لأنه يتصل بوظيفة المحكمة . راجع فى ذلك : فتحي والى – الوسيط – ط ١٩٩٣ – بند ٤١٤ ص ٨٥٣ ، نبيل عمر – الأوامر على عرائض – بند ٨٦ ص ١٠٨ ، مصطفى هرجة – الأوامر على عرائض – ص ٢٦.

(٤) كما أنه يتعين عليه وعند بحثه لمسألة اختصاصه عدم المساس بأصل الحق بما يتضمن فصلا فيه . راجع نقض مدنى ١٨ / ١٩٧٨/١٢ فى الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق.

(٥) راجع : أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ وطرقه – ص١٢٨ ، وجدى راغب – مبادئ ص ٤٦٦، أمينة النمر – قوانين المرافعات ، ص ٥٢٥ ، مصطفى هرجة – الأوامر على ===

الفصل الرابع

إصدار الأمر على عريضة (١)

صدور الأمر على عريضة كتابة وميعاد إصداره :

تنص المادة ١٩٥ من قانون المرافعات فى فقرتها الأولى على أنه : "يجب على القاضى أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختى العريضة فى اليوم التالى لتقديمها على الأكثر ".

والمستفاد من ذلك أنه لابد أن يصدر أمر القاضى كتابة (٢) ، وفى اليوم التالى لتقديم عريضة الأمر على الأكثر . فمن ناحية ، يتطلب القانون ضرورة صدور الأمر كتابة على إحدى نسختى العريضة ، ويلتزم القاضى بإصدار أمره كتابة على إحدى نسختى العريضة فى اليوم التالى لتقديمها على الأكثر ومذيلا بطبيعة الحال بتوقيع القاضى (٣) ، ويمكنه – أى القاضى – أن يصدر أمره فى

= عرائض ونظامها القانونى – ص٢٨ .

وفى بيان لماذا لا يقضى قاضى العرائض بالإحالة إلى قاضى العرائض المختص عندما يكتشف عدم اختصاصه بنظر العريضة المقدمة إليه . راجع ،نبيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى – ص١٠٨ ومابعدها ، مصطفى هرجة – الأوامر على عرائض ومنازعاتها التنفيذية ص ٢٩.

(١) فى إصدار الأمر على عريضة . راجع وجدى راغب – مبادئ – ص ٧٠٦ ومابعدها ، عبدالباسط جميعى –مبادئ المرافعات – طبعة سنة ١٩٨٠ ، ص ١٧١ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط بندة ٤١٥ ص ٨٥٥ ومابعدها ، نبيل إسماعيل عمر – الأوامر على عرائض ونظامها القانونى بند ١٠٢-٣ ، ص ١٢٥ ومابعدها ، المؤلف – الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم ص ١٢١ ومابعدها.

(٢) لأن صدور الأمر كتابة هو الذى يتفق مع تسميته بالأمر على عريضة. راجع فى ذلك.- وجدى راغب فهمى – مبادئ المرافعات – مشار إليه ص ٧٠٦ . ولقد أغفل المشرع الفرنسى تقنين هذا الإلتزام ، والنص علي ضرورة أن يكون رد القاضى كتابة ، مما أوجد مشاكل عديدة فى العمل أنظر فى هذه المشاكل : أحمد ماهر زغلول – القضاء الولائى – دراسات فى نظرية العمل القضائى فى القانون المصرى والقانون الفرنسى " رسالة باللغة الفرنسية " – ليون – فرنسا – سنة ١٩٨١ – ص ٥٢٧ – هامش رقم (٣).

(٣) أنظر : عبدالباسط جميعى – مبادئ المرافعات – طبعة سنة ١٩٨٠ – ص ١٧١ – فتحى والى الوسيط – طبعة سنة ١٩٩٣ – بند ٤١٥ ص ٨٥٥ ، نبيل عمر – الأوامر على عرائض – بند ٢ ١/٣ ص ١٢٥ ، المؤلف – الأوامر القضائية – ص ١٣٠.

ذات اليوم الذى قدمت فيه العريضة ، والمستقر عليه فقهاً وقضاءً أن هذا الميعاد تنظيميا ، لا يترتب على مخالفته البطلان [١] ، والمقصود به حث القضاة على سرعة إصدار الأوامر على عرائض ، وإن كان هناك جانب من الفقه[٢] ، يرى أن التأخير فى إصدار الأمر على عريضة عماهو محدد فى المادة ١٩٥ سالفة الذكر ، يعتبر إهمالاً من القاضى تجوز مساءلته عنه إدارياً [٣].

تسليم صورة الأمر على عريضة بعد صدوره :

ومن ناحية أخرى ، تنص المادة ١٩٦ من قانون المرافعات المصرى على أنه : "يجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عريضته مكتوباً عليها صورة الأمر وذلك فى اليوم التالى لصدوره على الأكثر ".

والمستفاد من ذلك أن النسخة الأولى والتى يصدر عليها القاضى الآمر أمره كتابة تحفظ بالملف ، ولا يعطى قلم كتاب المحكمة التابع لها القاضى الآمر للطالب إلا النسخة الثانية من العريضة مكتوباً عليها صورة الأمر ، و ذلك فى اليوم التالى لصدوره على الأكثر ، وتزيل تلك النسخة بالصيغة التنفيذية وذلك لكون الأوامر على العرائض مشمولة بالنفاذ المعجل بغير كفالة بقوة القانون، وذلك عملاً بنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات المصرى [٤] .

---

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ١٠٣ - ٤ - ص ١٢٥ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤١٥ - ص ٨٥٤ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ١٧١ ، محمد كمال عبدالعزيز- تقنين المرافعات فى ضوء الفقه وأحكام القضاء - ص ٣٧٨.

(٢) أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٦٤٧.

(٣) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤١٥ ص ٨٥٥ ، نبيل عمر - الأوامر على عرائض ونظامها القانونى - بند ١٠٤ ص ١٢٦ ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات سنة ١٩٨٠ - ص٥٣٥ ، مصطفى هرجة - الأوامر على عرائض - بند ٣١ ص ٤٤.

كما أن امتناع القاضى عن الإجابة على العريضة يشكل سبباً لمخاصمته طبقاً للمادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصرى.

(٤) راجع فى ذلك : ماسبق ص ٧٠ ومابعدها .

الباب الثانى

دراسة النظام القانونى لأوامر الأداء (١)

تمهيد وتقسيم :

الخصومة القضائية أساسها المدعى والمدعى عليه ، وصحيفة دعوى تنعقد بإعلانها ، فالأصل أن المدعى يتقدم بطلباته بصحيفة لقلم الكتاب بالمحكمة المختصة ، وتعلن إلى المدعى إليه ، فتنعقد الخصومة القضائية ،

(١) راجع فى دراسة نظام أوامر الأداء فى القانون الفرنسى :

JULIEN , Les injonctions de payer , D . 1963 - chron 157 ' J . J . TAISNE , La réforme de la procédure . d'injonction de payer , D . 1981 . chron . 319 , BROCAA , Le recouvrement de l'impayé , Dunod - 1985 ' MAS , Rép.proc . civ . 3 ed ., Injonction de payer., VINCENT et GNINCHARD , proc édure civile . Précis , Dalloz , 21 éd . 1987 , No 679 et s.

وفى القانون المصرى بصفة عامة ، راجع : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٥٨ - دار النهضة العربية ، فتحى عبدالصبور - أوامر الأداء - الجريدة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية ، ص ١١٩٩ ومابعدها ، س ٦٠ العدد الثالث السنة ٦١ من المجلة نفسها بعنوان "البطلان وأوامر الأداء" ، عبدالباسط جميعى - الإستئناف المباشر لأوامر الأداء - مقالة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - سنة ١٩٦١ - شهر يوليو - العدد الثانى - السنة الثالثة - ص ٣٧٨ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط١ - ١٩٧٠ ، ط٢ - ١٩٧٥ - ط٣ - ١٩٨٤، مصطفى هرجة - أوامر الأداء فى ضوء الفقه والقضاء والصيغ القانونية - - طبعة سنة ١٩٨٧ - دار الثقافة للطباعة والنشر بالأسكندرية ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء - جـ٢ - ص ٣٥٩ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - ص ٨٨٧ ومابعدها ، طلعت سليط - الأوامر على عرائض وأوامر الأداء ، محاضرة ألقيت فى الدورة التدريبية التى أقامها مركز السنهورى للدراسات القانونية بحقوق القاهرة فى الفترة من ١٩٩١/١١/٢ وحتى ١٩٩١/١٢/٥ عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء فى ضوء أحكام القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - بدون سنة للنشر - دار الفكر الجامعى بالأسكندرية ، أسامة الشناوى - الأوامر على العرائض وأوامر الأداء فى ضوء التعديلات المستحدثة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات - ص ص ١٠١ - ١٣٧ ، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهنى القانونى - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٣ .

وتنظر الدعوى أمام القاضى الذى ينظر فى شكلها أولاً ، وفى موضوعها ثانياً ، والقاضى هنا له كافة الصلاحيات من نظر الدعوى وتحقيقها وندب الخبراء ، وكل ما تحتاجه من إجراءات بقصد الوصول إلى وجه الحق فيها ، وهذا هو الأصل فى الدعوى.

ولكن قانون المرافعات وتيسيراً على المحاكم والمتقاضين ، وفي نوع خاص من المطالبات ، رأى أن تكون المسألة أسرع من الإجراء العادى المتبع فى الدعوى، بحيث يمكن للمدعى الحصول على حقه سريعاً دون اللجوء إلى طريقة الدعوى القضائية الطويل ، عن طريق الإكتفاء بتقديم عريضة إلى القاضى المختص بواسطة المدعى ، يوضح فيها إسمه وحقه قبل الغير مصحوباً بدليل ثابت بالكتابة لهذا الحق ومقداره وموعد استحقاقه ، وهو ما يسمى بنظام أوامر الأداء Ordonnance Portant injonction de payer وذلك تقديراً من المشرع أن تحقيق بعض الديون لا يحتاج إلى مواجهة بين الطرفين ، لأن المدين ليس لديه فى الظاهر ما يعارض به إدعاء الدائن . وأساس هذا التقدير ، هو ثبوت الدين بالكتابة ، فهذا الثبوت يغلب معه تحقق الدين .

ولهذا رأى المشرع عدم إخضاع الدعاوى المتعلقة بهذه الديون لإجراءات الخصومة القضائية العادية التى تقتضى تحقيقاً كاملاً يتم وفقاً لمبدأ المواجهة . واكتفى بإجراء تحقيقا جزئياً على أساس السند المثبت للدين ، ويتم دون إعلان المدعى عليه.

ونظراً لما لدراسة أوامر الأداء من أهمية متزايدة ، سواءً فى ذلك فكرتها العامة ، أو طبيعتها القانونية (١) ، والتى كانت مثاراً لجدل شديد فى الفقه

= أحمد ماهر زغلول - الأوامر على عرائض وأوامر الأداء فى ضوء التعديلات المستحدثة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات - المقالة المشار إليها ، أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ومايليه - ص ٢٨٢ ومابعدها.

(١) هذه الطبيعة كانت مثاراً لجدل شديد فى الفقه ، ويمكن حصر آراء الفقه بشأن هذه الطبيعة فى اتجاهات ثلاث ، إتجاهاً أول يرى أن أوامر الأداء ذات طبيعة قضائية ، و ثان يرى =

أو شروط استصدارها ، سواءً ما تعلق منها بطبيعة الحق ، أو ما تعلق منها بإثباته أو إجراءات استصدارها المختصرة ، وقواعد الإختصاص باصدارها ، وسلطة القاضى فى اصدارها ، وإعلان أمر الأداء وسقوطه والطعن فيه.

فسوف نقسم هذا الباب إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : التعريف بنظام أوامر وفاء الحقوق الثابتة بالكتابة ، وتطوره التاريخى وتمييزه.

الفصل الثانى : طبيعة أوامر الأداء.

الفصل الثالث : شروط استصدار أوامر الأداء.

الفصل الرابع : إصدار أوامر الأداء.

الفصل الخامس: تنفيذ أوامر الأداء.

الفصل السادس : الطعن على أوامر الأداء.

والى تفصيل كل هذه المسائل :

= أن أوامر الأداء ذات طبيعة ولائية ، واتجاهاً ثالثاً يتجه إلى القول بأن أوامر الأداء ذات طبيعة مزدوجة ، ولكل من هذه الإتجاهات أسانيده القانونية والعملية .

راجع فى الخلاف الفقهى حول طبيعة أوامر الأداء : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٣ بند ٨ ومايليه ص ٢٧ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التنفيذ - بند ٨٧ مكرر - ص ١٨٣ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٢٤٨ ص ٨٧٨ ، ٨٧٩ ، أحمد السيد صاوى الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ط ٢ - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية - بند ٤٩٦ ص ٦٧٥ ، محمود هاشم - إجراءات التقاضى والتنفيذ - ١٩٨٩ - مطابع جامعة الملك سعود بند - ١٤٥ ، ص ١٨٤ ، ١٨٥ ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى - ص ١٠٥ ، أحمد مليجي موسى - أعمال القضاة - ص ١٦٢ ومابعدها مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٢ ، ٣ ، ص ٥ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط ٤ - ١٩٩٧ - جـ١ ، بند ١٥١ ص ٢٨٢ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٩٢ ومابعدها.

الفصل الأول

التعريف بنظام أوامر وفاء الحقوق الثابتة بالكتابة وتطوره التاريخى وتمييزه

أولاً : تعريف الأمر بالأداء والهدف منه : (١)

نظام أوامر الأداء هو نظاماً لاقتضاء الحقوق الثابتة بالكتابة ، لا يحتاج إلى الإجراءات العادية للخصومة القضائية ، حيث يمكن لصاحب الحق أن يلجأ إلى القاضى لاستصدار أمر بأداء الحق ، دون حاجة للإجراءات التى تتم بالمواجهة، أو بمعنى آخر هو وسيلة خاصة للإلتجاء إلى القضاء ، وذلك للمطالبة بحق كان المفروض أن تتم بطريق الدعوى - وهى الطريق العادى للطلبات القضائية - لولا نص المشرع على هذه الإجراءات الإستثنائية.

وأساس هذا النظام ، هو ثبوت الدين بالكتابة ، فهذا الثبوت يغلب معه تحقق الدين ، فمثل هذه الديون الثابتة بالكتابة ، لا يرجع عدم تسويتها ودياً بين ذوى الشأن إلى قيام نزاع حقيقى بشأنها ، مما يقتضى رفعه إلى القضاء وتحقيقه والفصل فيه طبقاً للإجراءات المعتادة ، وإنما يرجع فى الغالب إلى اعتبارات أخرى ، كضيق ذات اليد أو المماطلة . (٢)

لذلك رأى المشرع أن سلوك سبيل الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى وتحقيقها والفصل فيها ، يتضمن كثيراً من البطء والتعقيد الذى لا مبرر له خاصة وأن هذه الديون كثيراً ما لا يحتاج الأمر فيها إلى مرافعة نظراً لوضوحها ومن ثم ، فإنه لاستيفاء هذه الحقوق ، لا ينبغى على الدائن اللجوء إلى القضاء بوسيلة الدعوى ، وإنما ينبغى عليه أن يستصدر أمراً من القاضى بأداء الحق يُعلن للمدين ، فإن لم يتظلم منه فى ميعاد قصير ، أصبح الأمر بمثابة حكماً نهائياً واجباً النفاذ.

---

(١) فى تعريف الأمر بالأداء والهدف منه - راجع : المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٨٢ ومابعدها.

(٢)أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٢٢ ص ٧١٣ ومابعدها.

ورغم أن الدعوى – وفقاً لهذا النظام – يفصل فيها نتيجة لخصومة تحقيق غير كامل ، فإن هذا التحقيق يتناول كل من الواقع والقانون فإذا احتاج القاضى فى سبيل التأكد من حق الدائن إلى إجراء تحقيقاً كاملاً يسمع فيه المدعى عليه ، فإنه يحيل الدعوى إلى المحكمة لنظرها مواجهة وفقاً للإجراءات العادية. (١)

ومن ناحية أخرى ، إذا صدر أمر الأداء ، فإن لمن صدر ضده الأمر أن يعرض دفوعه وأوجه دفاعه بعد ذلك عن طريق التظلم من الأمر ، ويكون التظلم مواجهة وفقاً للإجراءات العادية.

ومفاد هذا ، أن نظام أوامر الأداء ، وإن بدأت فيه الإجراءات دون مواجهة فإنه ينتهى – إذا اقتضت العدالة ذلك – بمواجهة كاملة ، ولهذا توصف خصومة الأداء بأنها خصومة مواجهة محتملة.

على أنه يلاحظ أن فائدة هذا النظام لا تبدو إلا إذا انتهت دون مواجهة. ذلك أنه إذا كانت كل دعوى تخضع لهذا النظام تنتهى بخصومة عادية ، فإن النظام لن يتمخض إلا عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف. (٢)

ويتميز هذا النظام بالبساطة وقلة التكاليف والسرعة ، ويتلافى العيوب التى تنشأ عن طلب الحماية فى صورة الدعوى القضائية ، بل إنه يعد البديل عن هذا النظام ، لأنه يقدم فى الحقيقة نوعاً من الحماية الموضوعية للحقوق ، وإن كان ذلك يتم فى شكل الأوامر على عرائض.

واتباع طريق أوامر الأداء لا يحقق مصلحة للدائن فحسب فى استيفاء حقه بإجراءات بسيطة وفى وقت قصير ، وإنما يحقق المصلحة العامة فى حسن سير القضاء ، وذلك بتفرغ المحاكم لنظر الدعاوى التى تنطوى على نزاع جدى. (٣)

---

(١) أنظر : المؤلف – الأوامر القضائية – ص ١٨٣ ، ١٨٤.

(٢) راجع : فتحى والى – الوسيط – طبعة ١٩٩٣ – بند ٤١٨ ص ٨٥٨ ، ٨٥٩.

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التنفيذ – ص ١٣٠ هامش (١) ، أحمد مسلم – أصول المرافعات بند ٦١٤ ، ص ٦٥١.

ثانياً: التطور التاريخي لنظام أوامر الأداء: [(١)]

أ- في القانون الفرنسي:

ونظام أوامــر الأداء Ordonnance portant injonction de payer هو من التنظيمات التى عرفها القانون الفرنسى فى وقت حديث نسبياً ، حيث استحدثه المشرع لأول مرة بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ٢٥ أغسطس سنة ١٩٣٧ ، مستوحيا إياه من التشريعات المقارنة ،وجعله مقصوراً على الديون التجارية الصغيرة Les pétites créances commerciales الثابتة بمقتضى عقد – معتداً بإجراءات مبسطة يُطلق عليها Procedure de recouvrement simplifié pour les petites créances ، ويطلق عليها أيضاً La procédure monitoire ou injonctionnelle [(٢)].

وكان النظام المتقدم فى أول عهده مقصوراً على الديون التجارية التى لا تتعدى قيمتها ١٥٠٠ فرنكاً ، ثم جعلت قيمتها ٦٠٠٠ فرنكاً بمقتضى قانون ٦ أغسطس سنة ١٩٤١ ، ثم جعلت ٦٠٠٠٠ فرنكاً بمقتضى قانون ٢٤ مايو سنة

---

(١) أنظر فى التطور التاريخى لنظام أوامر الأداء فى القانون الفرنسى: المراجع المشار إليها فى ص ٩٧ الهامش رقم (١) من هذا البحث ، وفى تطوره فى القانون المصرى – راجع : رمزى سيف الوسيط بند ٥٥٧ ص ٧١٥ ومابعدها ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ١ ص ١١ ومابعدها فتحى والى – الوسيط – بند ٤١٨ ص ٨٥٨ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء ص ٣ ومابعدها أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – بند ١٦٠ ص ١١٣ الهامش رقم (١)،آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – ص ٨٦ الهامش ، أصول التنفيذ – ط ٤ – ١٩٩٧ – بند ١٥١ ص ٢٨٢ ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية – ط١٠ ١٩٩١ – بند ٧٩ ص ١٣١ ومابعدها بند ١٧٩ الهامش ص ١٣٤ ومابعدها ، عبدالحميد منشاوى – أوامر الأداء ، ص ٣ ، ٤ ، المؤلف – الأوامر القضائية – ص ٨٤ ومابعدها . وفى دراسة نظام أوامر الأداء فى بعض التشريعات المقارنة ، وأهمها التشريع الفرنسى الذى استقى منه القانون المصرى نصوصه فى سنة ١٩٤٩ ، والتشريع الألمانى الذى يبدو أن مشرعنا استوحى منه نصوصه سنة ١٩٥٣ . راجع : أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ ، المرجع السابق – بندة ١٧٩ الهامش.

(٢) أنظر : موريل رقم ٥١٩ مكرر ، جلاسون وتيسييه ٤ رقم ١٠١٢ وربرتوار دالوز فى المرافعات سنة ١٩٥٦ – الجزء الثانى ص ٥٤٠٩ رقم ٥٢.

١٩٥١ ، وأخيراً جعلت ٢٥٠٠٠٠ فرنكاً بمقتضى قانون ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ ، وأجاز هذا القانون الأخير الرجوع على قابل الورقة التجارية بالطريق المتقدم أيا كانت قيمتها ، أى ولو تعدت المبلغ المتقدم. (١)

ولا تختص بإصدار الأمر فى القانون الفرنسى إلا المحكمة التجارية التى يقع فى دائرتها موطن المدين وحدها دون غيرها " م ٩ من القانون المتقدم " ولو كان الإختصاص المحلى فى الأصل لمحكمة أخرى أو لمحاكم أخرى أو لمحكمة موطناً مختاراً لأحد الخصوم ، ولا يجوز بأى حال من الأحوال إستصدار أمراً بالأداء إذا كان من الواجب إعلان المدين خارج فرنسا ، أو إذا لم يكن له موطناً أو سكناً بها.

ومن الجائز إستصدار أمراً فى مواجهة عدة مدينين متضامنين . إذا كانوا مقيمين فى دائرة إختصاص محكمة واحدة. وإذا كان المبلغ المطلوب يزيد عن النصاب الإنتهائى للمحكمة ، ومن الجائز شمول الأمر بالنفاذ المعجل بناءً على طلب المدعى - أى الطالب - ويرفع التظلم le contrédit من الأمر فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه للمدين ، ويكون بالتقرير به فى قلم كتاب المحكمة ، ويشترط أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً. (٢)

ويبلغ قلم الكتاب الخصوم بخطاب موصى عليه مع علم الوصول بالجلسة المحددة لنظر القضية ، وتفصل فيها المحكمة بحكم يقبل الإستئناف ، اللهم إلا إذا صدر فى حدود النصاب الإنتهائى للمحكمة.

ولا يجوز رفع معارضة Opposition فى الأمر بدلا من التظلم على الوجه المتقدم (٣) ، فالمشرع الفرنسى يستوجب إتخاذ إجراءات معينة لهذا التظلم، ولا يجيز أن ترفع معارضة فى الأمر بالإجراءات المقررة بالنسبة للأحكام

---

(١) أنظر : MERTIN et REGNARD : recouvrement simplifé des créances commerciales , rev . trim . dr comme , 1954 , 769.

(٢) ومع ذلك قضت محكمة تور التجارية فى سنة ١٩٥٥ بصحة التقرير بالتظلم رغم خلوه من الأسباب - دالوز - المرجع السابق - رقم ٦١.

(٣) أنظر : المرجع السابق - رقم ٦٦.

الغيابية - كما لا يجوز رفع معارضة فى الحكم الصادر بعد التظلم ، لأنه يعد بمثابة حكماً حضورياً وإنما يجوز إستئنافه إذا تعدت قيمة الدعوى النصاب الإنتهائى للمحكمة.

ولقد اختلفت الرأى آنذاك فى فرنسا بصدد قابلية ذات الأمر بالأداء للإستئناف إذا فوت المدين على نفسه ميعاد التظلم منه بالطريق الخاص المتقدم فمن قائل أن هذا الإستئناف لا يقبل ، اللهم إلا إذا صدر الأمر من محكمة غير مختصة ، لأن الأمر له صفة ولائية بحتة ، ولا يعد حكماً قضائياً ، إذ لا يفصل فى خصومة بحقيقة معناها [(١)]. ومن قائل بقبول الإستئناف ، على اعتبار أن الأمر إنما يفصل بقضاء قطعى ملزم فى مطالبة بحق ، وهذا القضاء يضر بالمدين مما يستوجب إعمال قاعدة التقاضى على درجتين بصدده ، تطبيقاً للأصل العام فى التشريع ، وبغير حاجة إلى نص خاص فى هذا الصدد. [(٢)]

ويوجب القانون الفرنسى على الدائن - إذا لم يتظلم مدينه من الأمر فى الميعاد المتقدم أن يطلب من رئيس المحكمة التأشير على الأمر تمهيداً لوضع الصيغة التنفيذية عليه بمعرفة قلم الكتاب لينتج كل آثار الحكم الحضورى (مادة ٦) أو إذا لم يحصل التظلم من الأمر على النحو المتقدم ، ولم يحصل التأشير عليه فى خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره ، فإنه يسقط ويعد كأن لم يكن (م٧). [(٣)]

---

(١) أنظر فى الرأى : حكم محكمة السين الفرنسية الصادر فى ١٠ فبراير ١٩٥٤ جازيت دى باليه ٥٤-١-٢٣٠ ، و ١٤ أبريل سنة ١٩٥٤ - جازيت دي باليه - ٥٤-١-٢٢٨ ، يو فى ٨ يوليو سنة ١٩٥٤ ، ديجون ٢ يونيه سنة ١٩٥٤- جازيت دي باليه سنة ١٩٥٥ - ١- ٣٨ ، جرنيوبل ١٩ يناير سنة ١٩٥٥ دالوز سنة ١٩٥٥ - ٧١٩.

(٢) أنظر فى هذا الرأى : حكم محكمة إستئناف باريس الصادر فى ٣ ديسمبر ١٩٥٤ - جازيت دي باليه ١٩٥٥ - ١ - ٣٦ ، وأكس ١٩ يناير سنة ١٩٥٥ - جازيت دي باليه - ١٩٥٥ - ١ - ١٠٩ ، وربرتوار دالوز للمرافعات - الجزء الثالث - سنة ١٩٥٦ - ص ٥٥٠ رقم ٦٧.

(٣) ورغم كثرة التعديلات التشريعية الفرنسية المتعاقبة والتى توجت بصدور قانون ٤ يوليو ١٩٥٧ فإنها لم تحمل فى طياتها إضافة جوهرية إلى هذا النظام. ولم تتحقق الإضافة إلا مع صدور المرسوم بقانون رقم ٧٢ - ٧٩٠ والصادر فى ١٩٧٢/٨/٢٨ والذى حل محل القانون الصادر فى ٤ يوليو ١٩٥٧.

وفى ٢٨ أغسطس ١٩٧٢ ، صدر فى فرنسا القانون رقم ٧٢-٧٩٠ منظماً بصورة عامة وفاء الديون المعينة المقدار ، والثابتة بالكتابة - أيا كانت قيمتها وسواءً أكانت مدنية أم تجارية ، وذلك على نحو لا يختلف كثيراً عما قدمناه ونص هذا القانون أيضاً على أن الأمر الذى لا يحصل التظلم منه ، أو الإعتراض عليه ، ينتج كل آثار الحكم الحضورى (م١٥/٣ منه). كما نص أيضاً على عدم جواز استصدار الأمر إذا كان من الواجب إعلان المدين خارج فرنسا ، أو إذا لم يكن له موطناً أو سكناً بها (م ١٩ منه).

وقد أُلغى المرسوم بقانون رقم ٧٢ - ٧٩٠ والصادر فى ١٩٧٢/٨/٢٨ السابق ، والذى حل محل القانون الصادر فى ٤ يوليو سنة ١٩٥٧ المشار إليه بالمواد ١٤٠٥ - ١٤٢٥ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة والمضافة بالمرسوم رقم ٨١ - ٥٠٠ فى ١٢ مايو ١٩٨١ والمعدلة بالمرسوم رقم ٨٨-٢٠٩ ، الصادر فى الرابع من شهر مارس سنة ١٩٨٨ .

وطبقاً للنصوص الفرنسية المستحدثة ، فإن نظام أوامر الأداء قد عُمم ليشمل كافة الديون النقدية، وذلك متى توافرت الشروط التى يحددها القانون وجعل الإختصاص بإصدار الأمر مطلقاً ينعقد على سبيل الإستئثار exclusive لمحكمة الخصومة أو لمحكمة التجارة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدين المطلوب استصدار أمر الأداء فى مواجهته.

وهذا النظام الذى أخذ به القانون الفرنسى وإن اتفق مع النظام المقرر فى القانون المصرى ، باعتباره نظاماً مبسطاً مختصراً لتحصيل بعض أنواع الديون فإنه يختلف عنه إلى حد كبير.

ففضلاً عن اختلاف الإجراءات ، فإن نظام أوامر الأداء فى القانون الفرنسى هو نظاماً إختيارياً [(١)] ، لا يتبع إلا إذا كان الدين نقدياً ومصدره العقد وبشرط ألا تتجاوز قيمته فى الديون المدنية قدراً معيناً ، كما أن الأمر الصادر بالأداء

---

(١) أنظر فى ذلك : القانون الفرنسى الصادر فى ٤ يوليو سنة ١٩٥٧ السابق الإشارة إليه.

فى القانون الفرنسى لا يقبل الطعن. [١]

ب- فى القانون المصرى :

لم يعرف القانون المصرى نظام أوامر أداء الحقوق الثابتة بالكتابة قبل عام ١٩٤٩ ، حيث استحدث المشرع هذا النظام فى تقنين المرافعات الصادر فى تلك السنة [٢] ، من أجل استيفاء الديون الصغيرة الثابتة بالكتابة (م٨٥١ – ٨٥٨)، وأجاز للدائن بدين نقدى صغير " لا يتجاوز خمسين جنيها " أن يلجأ إلى استصدار أمراً بدفعه من قاضى المحكمة الجزئية على عريضة تقدم إليه دون تكليف المدعى عليه بالحضور ، ويُعلن المدين بهذا الأمر ، وله أن يتظلم منه إلى المحكمة نفسها خلال مدة قصيرة ، وإلا صار الأمر بمثابة حكماً إنتهائياً ، وقيل فى تبريره ، أن الديون الصغيرة تبعد عن أن تكون محل نزاع جدى لثبوتها بالكتابة .

ثم رأى المشرع جعله نظاماً وجوبياً يتعين على الدائن الإلتجاء إليه فى كل حالة تتوافر فيها شروط استصدار الأمر ، وذلك بمقتضى القوانين أرقام ٢٦٥، ٤٨٥ لسنة ١٩٥٣ ، ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، المادة ٢٠١ من قانون المرافعات المصرى الحالى " [٣]، بحيث إذا تحققت الشروط

---

(١) أنظر فى بيان أوجه اختلاف نظام أوامر الأداء المقرر فى القانون الفرنسى عن النظام المقرر فى القانون المصرى . أمينة النمر – أوامر الأداء – طبعة سنة ١٩٧٥ – ص ٨ ، وجدى راغب النظرية العامة للعمل القضائى – الرسالة – ص ٦٥٨ ، مبادئ – ص ٤٧٢ ، عبدالباسط جميعى الإستئناف المباشر لأوامر الأداء – المقالة المشار إليها – ص ٣٧٥ ، فتحى عبدالصبور – أوامر الأداء – ص ١١٩٩ ، مصطفى هرجة – أوامرالأداء – بند ٥١-٤ ص ٦٨.

(٢) قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فى المواد ٨٥١ ومابعدها.

(٣) فلم يكن هذا الطريق إجبارياً عند صدور قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ ، وإنما عند صدور القانون رقم ٢٥٦ لسنة ١٩٥٣ رأى المشرع أن يجعل سلوكه إجبارياً ، فنص فى المادة ٨٥١ على أنه : "إستثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعاوى تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية ... إلخ " . وأورد فى المذكرة التفسيرية عبارة مقتضاها أنه قد جعل استصدار أوامر الدفع فى القانون وجوبياً حتى يؤتى ثمرته. وفى تطور القانون المصرى نحو إقرار هذا الحكم ، أنظر : رمزى سيف الوسيط – بند ٥٥٧ ، ص ٧١٥ ومابعدها ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ١ ص ١١ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط – بند ٤١٨ ص ٨٥٨ ، أحمد ماهر زغلول – آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – ص ٨٦ – الهامش ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ===

اللازم توافرها لسلوك سبيل أوامر الأداء ، فإن هذا الطريق يكون هو السبيل الوحيد الواجب الإتباع عند الإلتجاء إلى القضاء ، أو المطالبة بالحماية

= بند ١٦٠ ص ١١٣ - الهامش رقم (١) ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ٣ ، السيد عبدالعال تمام - الأوامر والأحكام وطرق الطعن - ص ٦ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٨٤ ومابعدها ، وفى بيان وجوب إتباع طريق أوامر الأداء إذا توافرت شروطه . راجع : رمزى سيف - الوسيط - ط٨ - ص ٧٢٥ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ ، ص ١٥١ ومابعدها ، ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨١ ص ١٤٩ ومابعدها ، عبدالباسط جميعى - مبادئ ١٩٨٠ - ص ٤٥١ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٣٥ ومابعدها ، ص ٧٤ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٠ ص ٨٦٢ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٣٥ ص ٥٧ ومابعدها - أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٥٨ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٨٤ ومابعدها . وفى نقد اتجاه المشرع المصرى فى هذا الصدد . راجع : رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٢٥ ص ٧٢٣ ، ٧٢٤ ، نظام أوامر الأداء فى التشريعات العربية - محاضرة ألقيت سنة ١٩٦٩ - بند ٥٦٠ ص ٧٢٦ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٧ - بند ٨١ ، ٨٢ ، ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٧٩ - ص ١٣٣ - الهامش ، بند ٨١ ، ٨٢ ، ص ١٤٩ ومابعدها ، بند ٨٧ م (٣) ص ١٧٩ ، عبدالحميد وشاحى أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٥٨ - بند ٣٥ ص ٤٧ ، ٤٨ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ط٢ - ص ٢٨٦ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦٠٨ - ص ٦٥٧ فتحى والى - الوسيط - طبعة ١٩٩٣ - بند ٤٢٠ ص ٨٦٣ ، المؤلف - الأوامر القضائية ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ . وفى تأييد إلزامية النظام. أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ٤٨٧ ص ٦٦٢ ، ٦٦٣ ، السيد عبدالعال تمام - الأوامر والأحكام وطرق الطعن - ص ٣٧ . إلا أن وجوبية النظام تقتصر على حالة الخصومة المبتدأة ، ويترتب على ذلك ، أنه يمكن تقديم طلبات عارضة بالدين الذى يستوفى شروط أمر الأداء فى دعوى منظورة بالفعل . أنظر فى ذلك : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - بند ٢٨ مكرر - ص ٤٦ ، بند ١٤٥ ص ٢٦٣ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٥٧ . ١٥٨ عبدالحميد المنشاوى - أوامر الأداء فى ضوء أحكام القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - دار الفكر الجامعى بالأسكندرية - بدون سنة نشر - ص ٩٥ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ ط ١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٧م ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٣ ، الهامش رقم (١) ، المؤلف - الأوامر القضائية ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، وأنظر كذلك : نقض مدنى مصرى - ١٩٧٦/١/١٩ - الطعن ١٣٤ لسنة ٤١ ، مشاراً لهذا الحكم فى مؤلف مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٢٨ مكرر ص ٤٦ فى الهامش. وطريق أوامر الأداء وجوبياً ولو كان متفقاً على التحكيم - عبدالحميد المنشاوى - أوامر الأداء - ص ٩٩ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - ص ٢٧٥ - =

القانونية، ويتخذ الدائن إجراءات معينة ، ويقدم العريضة إلى القاضي المختص، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط ، فإن القاضي لايصدر أمر الأداء ، وإنما هو يرفض إصداره ، وذلك إما مع تحديد جلسة أمام المحكمة ، أو بغير هذا ، وذلك بحسب طبيعة الشرط الذى تخلف على نحو ما أعرض له فيما بعد . (١)

= فشرط التحكيم لا يمنع من استصدار أمر أداء بحق نشأ عن هذا العقد ، وتتوافر فيه شروط أوامر الأداء وفقاً للقواعد والإجراءات المحددة فى المواد من ٢٠١ إلى ٢١٠ من قانون المرافعات المصرى ، والقول بغير ذلك يعد إهداراً لنصوص القانون ، ورغبة المشرع فى جعل طريق أوامر الأداء إلزامياً ، ولقد أختلف حول تحديد قضاء المحكمة إذا رفع بالدين دعوى عادية رغم توافر شروط استصدار أمراً بالأداء ، هل تقضى المحكمة بعدم الإختصاص ؟ أو بعدم القبول ؟ أو بعدم جواز نظر الدعوى شكلاً ؟ أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط ١٩٦٩ - بند ٥٩٧ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط ١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٢ ، وجدى راغب - مبادئ - ص ٧١٣ عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٢٨٦ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٥٥٦ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ١١٥ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٠ ص ٨٦٣ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ٤٢٠ - ص ٨٦٣ ، محمود هاشم - قانون القضاء - ص ص ٣٦٤ ٣٦٦ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء فى ضوء أحكام القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - دار الفكرى الجامعى - بدون سنة نشر - ص ٩٧ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٣٤ ، وأنظر كذلك : محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٥ سبتمبر ١٩٥٣ المحاماة ٤٣ ص ٥٠١، ألمنيا الجزئية ٣ سبتمبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ ص ٣١١ ، بلقاس الجزئية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ ص ١٥٧٦ ، محكمة القاهرة الإبتدائية فى ٣١ مايو ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ ص ٣٥٦ - مشاراً لهذه الأحكام فى مرجع أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط ١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٢ ص ١٥١ الهامش رقم (٣). وأنظر كذلك : نقض ١٩٧٢/٥/٢٣ - المجموعة ٢٣-٩٨١ الدفع بعدم القبول يعد فى هذه الحالة دفعاً شكلياً وليس بعدم القبول كما نصت المادة ١١٥ مرافعات - وقارن ، نقض ١٩٧٥/٦/٩ - الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٠ ق . الذى ذهب إلى اعتباره دفعاً شكلياً ببطلان إجراءات الخصومة القضائية. وإذا كان المشرع المصرى قد أوجب سلوك طريق أوامر الأداء إذا توافرت شروطه ، إلا أن هناك بعض التشريعات الأجنبية والعربية قد جعلت طريق أوامر الأداء إختيارياً للدائن ، أنظر فى ذلك : أمينة النمر - أوامر الأداء - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - ص ٢٦١ ، هامش رقم ٤٧٩ ، فتحى والى - الوسيط - ص ٨٦٢ ، الهامش رقم (٤).

(١) فى تفصيل ذلك . راجع : مايلى - ص١٨٤ ومابعدها . وإذا لم تتوافر هذه الشروط ، فيجب إتباع سلوك الدعوى ، نقض ١٩٧٨/٢/٢٣ فى الطعن رقم٢٦٣ لسنة ٤٥ ق ، ١٩٧٧/١/٣١ ، س ٢٨ ، ص ٣١٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ فى الطعن رقم٥٥٥ لسنة ٤٣ ق ، ١٩٧٩/١/١ طعن ٨٦٧ لسنة ٤٥ ق ، ١٩٧٦/١/١٩ ، س ٢٧ ، ص ٢٤٠ ، ١٩٧٥/١٢/٩ ، س ٢٦ ، ص ١٥٩٣ ، ١٩٧١/٣/١٦ ، س ٢٢ ، ص ٣٠٥.

كما اتجه المشرع إلى تعميم نظام أوامر الأداء ، وذلك إذا كان للدائن ، حقاً ثابتاً بالكتابة ، وحال الأداء ، وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بذاته [(١)]، فيشمل كافة ديون النقود أيا كانت قيمتها أو طبيعتها ، وكذلك الحقوق التى محلها منقولات. ولقد استعان المشرع المصرى فى هذا بالعديد من الجهود التى بذلت فى التشريعات الحديثة والرائدة فى اعتماد هذا النظام [(٢)].

ثالثاً: فى التفرقة بين أمر الأداء والأمر على عريضة : [(٣)]

يمكننا حصر أوجه التفرقة بين أمر الأداء والأمر على عريضة فى النقاط التالية :

١- أمر الأداء يجب أن يسبقه تكليف المدين أولاً بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل " م ٢٠٢ مرافعات مصرى " أما فى الأمر على عريضة فيصدر دون تنبيه سابق على المدين.

٢- بالنسبة لأمر الأداء ، إما أن يصدر القاضى أمر الأداء أو يقرر فيه بالرفض ، ويحدد جلسة ، مع تكليف الطالب باستيفاء باقى الإجراءات ، وذلك

---

(١) كان النص الأصلى للمادة ١/٢٠١ من قانون المرافعات المصرى يقصر العمل بنظام أوامر الأداء على الديون التى يكون محلها مبالغ نقدية أو منقولاً من المثليات ، أى معيناً بنوعه ومقداره وبمقتضى التعديل الذى أدخله القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على النص ، تم التوسع فى مجال إعمال نظام أوامر الأداء لكى يشمل أيضاً المنقولات المعينة بذاتها. وفى تبرير هذا التوسع . راجع : المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التعديل رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تقريرها. حيث أن نظام أوامر الأداء مستمد فى بعض أسسه من بعض التشريعات الأجنبية المقارنة الحديثة ، فقد استقى هذا القانون من التشريع الفرنسى " القانون الصادر فى سنة ١٩٤٩ " ، كما استوحى من التشريع الألمانى " نصوص القانون الصادر سنة ١٩٥٣ " . فى بيان ذلك . راجع : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ ط١٠ - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٧٩ - ص ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ - بند ٢ ومايليه - ص ١٧ ومابعدها.

(٣) فى التفرقة بين أوامر الأداء والأوامر على العرائض. راجع : المؤلف - الأوامر القضائية - ص ١٨٩ ومابعدها.

بإعلان الخصم بالجلسة المحددة ، أما بالنسبة للأمر على عريضة ، فإن القاضى لا يملك سوى إصدار الأمر أو رفض إصداره.

٣- يجب أن يصدر أمر الأداء على إحدى نسختى العريضة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ تقديمه " م ٢٠٣/٣ مرافعات مصرى "، أما فى الأمر على عريضة ، فيجب أن يصدر على إحدى نسختى العريضة ، وذلك فى اليوم التالى لتقديمه على الأكثر " م ١٩٥ مرافعات".

٤- تعتبر العريضة وأمر الأداء الصادر عليها كأن لم تكن إذا لم يتم إعلانها للمدين ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر " م ٢٠٥ مرافعات مرافعات " ، أما الأمر على عريضة ، فيسقط إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره " م ٢٠٠ مرافعات مصرى ".

٥- أمر الأداء يشتمل على قضاء فى أصل الحق [١] ، ومن ثم ، فهو يحوز حجية فيه. وعلى ذلك ، فإنه لا يجوز للخصوم إعادة طرح ذات الموضوع على القاضى الآمر ، وذلك طالما لم يسقط الأمر الذى أصدره ، كما يكون للقاضى فى هذه الحالة الإمتناع عن إصدار أمر جديد ، وذلك نتيجة لتمتع الأمر السابق بالحجية والذى لم يسقط [٢] ، أما الأمر على عريضة ، فإنه لا

---

(١) فأوامر الأداء تتضمن قضاءً قطعياً بإلزام المدين بأداء الحق . راجع فى ذلك : محمد حامد فهمى المرافعات - بند ٦٣ ، رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٤٢ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٥٦١ ، ٥٦٦ ، وجدى راغب - النظرية العامة للتنفيذ - ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، التنفيذ القضائى ١٩٩٥ - ص ١٣٧ ، ١٤٣ ، أمينة النمر - التنفيذ الجبرى - ص ٧٢ ، أوامر الأداء - ص ٨٥، عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ٣ ، وأنظر أيضاً : نقض ١٩٦٣/٤/٤ - المجموعة ١٤- ٤٧٥، ١٩٧٢/٥/١١ - المجموعة ٢٣-٨٧٢. وفى قضاء الإلزام الموضوعى . راجع : أحمد ماهر زغلول- آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - بند ٥٦ ومايليه.

(٢) أنظر : كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٨٤ ، عبدالحميد منشاوى - ص ١٤٧ ، أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى - بند ١٦٩ ومايليه ، مراجعة الأحكام - بند ٦١ - ص ١١٥ ، أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٥ ، وأنظر أيضاً : نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ - المجموعة ٨ - ٥٢٠ ، ١٩٦٣/٤/٤ - المجموعة ١٤-٤٧٥ ، ١٩٧٢/٥/١١ - المجموعة ٢٣ - ٨٧٢ ، ١٩٧٤/٢/١١ - المجموعة ٢٥ - ٣٢٧ ، ١٩٧٧/١/٥ - المجموعة ٢٨-١٧٤ ، ١٩٨٠/٢/١٣ - المجموعة ٣١-٥٠٨ ، ==

يتمتع بحجية الشئ المقضى ، ولذلك فإن طالب الأمر على عريضة يستطيع إعادة تقديم نفس الطلب الذى سبق رفضه ، ويستطيع أيضاً رفع دعوى موضوعية ولو كان هناك تعارضاً بينها وبين طلب الأمر على عريضة السابق رفضه [١].

٦- ميعاد التظلم من أمر الأداء هو عشرة أيام من تاريخ إعلان أمر الأداء للمدين. كما وأنه بالنسبة لأمر الأداء ، فإنه يمكن إستئناف الأمر إن كان قابلاً له، وذلك من تاريخ فوات معياد التظلم منه ، أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن ، أما التظلم من الأوامر على العرائض فليس له ميعاد ، وذلك بطبيعة الحال مالم يكن قد سقط الحق فى التظلم من الأمر على عريضة ، وذلك لسقوط الأمر الصادر ، وذلك إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره وذلك طبقاً للمادة ٢٠٠ من قانون المرافعات المصرى.

٧- التظلم من أمر الأداء يكون أمام محكمة المواد الجزئية ، أو أمام المحكمة الإبتدائية حسب الأحوال " م ٢٠٦ مرافعات مصرى " ، أما التظلم من الأمر الصادر على عريضة من جانب من صدر عليه الأمر ، فيجوز أن يكون أمام المحكمة المختصة ، أو أمام نفس القاضى الآمر " م ١٩٩ مرافعات مصرى ".

٨- تسرى على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل ، وذلك حسب الأحوال التى بينها القانون " م ٢٠٩ مرافعات مصرى " ، أما الأمر على عريضة ، فهو نافذاً بغير كفالة بقوة القانون ، وذلك عملاً بنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات.

= وفى القانون الفرنسى:

Civ. 2e, 29 mai 1979 , J.C.P. 1979 . Iv. 255.

فأمر الأداء يؤدى إلى استنفاد ولاية القاضى الذى أصدره . أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة ١٩٨٤ - ص ٣٥ ، فتحى والى - الوسيط - ص ٩٤٨ ، محمود هاشم ، إستنفاد ولاية القاضى ص ٢٢٠ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٥ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى ١٩٦٤/١١/٥ - المجموعة ١٥ - ٣ - ١٠ .وقارب : نقض ١٩٨٠/٢/١٣ - الطعن ٤١٥ لسنة ٤٦ ق.

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى ١٩٧٨/١٢/١٨ - المجموعة ٢٩ - ١٩٤٣.

الفصل الثانى

طبيعة أوامر الأداء

(الخلاف الفقهى حول طبيعة أوامر الأداء) (١)

أوجد المشرع نظام أوامر الأداء باعتباره نظاماً مختصراً ، لا تتبع فيه الإجراءات المعتادة للخصومة القضائية ، وذلك لاستيفاء بعد الحقوق التى لا تثير بطبيعتها فى الغالب نزاعا ، وما يهمنا الآن بصفة أساسية فى دراستنا لهذا الفصل ، هو تحديد طبيعة هذه الأوامر ، فهذه الطبيعة كانت مثاراً لجدل شديد فى الفقه ، ويمكنا حصر آراء الفقهاء بشأن هذه الطبيعة فى اتجاهات ثلاث :-

الإتجاه الأول : أوامر الأداء ذات طبيعة قضائية :-

ويرى أنصار هذا الإتجاه أن هذه الأوامر تعتبر أعمالا قضائية (٢) ، إذ أمر الأداء يتضمن قضاءً قطعيا بإلزام المدين ، وهو يتضمن قضاءً فاصلاً فى

---

(١) فى الخلاف الفقهى حول طبيعة أوامر الأداء . راجع : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنه ١٩٩٣ بند ٢٤٨ - ص ٨٧٨ ، ٨٧٩ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - المرجع السابق ص ١٦٢ وما بعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - المرجع السابق - بند ٢ ، ٣، ص ٥ وما بعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية - الطبعة الثالثة ١٩٨٣ بند ٨ وما يليه - ص ٢٧ وما يليه .

(٢) راجع : رمزى سيف - الوسيط المرجع السابق - بند ٥٧٠ - ص ٧٢ ، عبد الباسط جميعى الإستئناف المباشر لأوامر الأداء - مقالة مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - العدد الثانى السنة الثالثة - يوليو سنه ١٩٦١ - ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، سلطة القاضى الولائية - المقالة السابقة - بند ٢١٧ - ص ٦٢١ ، مبادىء المرافعات - المرجع السابق - ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة السابقة - ص ١٢١ ، فتحى والى مبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - بند ١٢ - ص ٤٤ وما بعدها ، الوسيط طبعة سنه ١٩٩٣ - بند ٢٤٨ - ص ٨٧٩ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثانية - سنة ١٩٧٨ - ص ٣٨٢ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية القاضى المدنى فى قانون القضاء المدنى - طبعة ١٩٧٩ / ١٩٨٠ ص ٢٢٠ أحمد مسلم أصول المرافعات - ص ٦٦٦ ، عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء المرجع السابق رقم ٢ ، ص ٦ .

خصومة رفعت إلي القضاء بطريق مخصوص نص عليه القانون يخالف الطريق العادى لرفع الدعوى بالنسبة لنوع معين من الطلبات ، وهذه الإجراءات الخاصة لا تؤثر فى وصف أمر الأداء بأنه حكماً قطعياً (١) .

فهذا الجانب من الفقه يعتبر أمر الأداء حكما بالمعنى الدقيق ، ومن ثم فإنه يجب أن يستوفى بيانات الأحكام ، ويخضع لقواعد إصدارها وتحريرها(٢) وطبقا لهذا الرأى ، فإن أمر الأداء رغم تسميته أمراً ، لا يعد أمرا بالمعنى الدقيق ، وإنما يعد حكما يصدر فى خصومة تتم باجراءات خاصة (٣) . ويجد هذا الرأى دعما فى نصوص مجموعة المرافعات الملغاة ، والتى كانت تذهب الى اعتبار أمر الأداء بمثابة حكماً غيابياً(٤) .

---

(١) راجع فى نقد الرأى القائل بصفة الحكم لامر الاداء : أمينة مصطفى النمر – أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية – الطبعه الثالثة – ١٩٨٤ – بند ٢٨ – ص ٦٢ ، ٦٣ .

(٢) أنظر : عبد الحميد الوشاحي – أوامر الأداء – ١٩٠٨ – بند ٧٧ – ص ١٠٢ .

(٣) أنظر : رمزي سيف : الوسيط – المرجع السابق – بند ٥٣٠ – ص ٧٤٤ ومابعدها أحمد مسلم – أصول المرافعات – المرجع السابق – بند ٥٦١ ، عبد الباسط جميعي الإستئناف المباشر لأوامر الأداء – المقالة السابقة – ص ٣٧٩ ، أحمد السيد صاوي الوسيط – بند ٢٤٠ ، عز الدين الدناصوري وحامد عكاز – التعليق علي قانون المرافعات المرجع السابق – ص ٥٥٤ ، ٥٦١ . وفي اعتماد ذلك التصور قضائياً . أنظر : نقض ٤ / ٤ / ١٩٦٣ – المجموعة ١٤ – ٤٧٥ / ٧ / ٧ / ١٩٦٢ – المجموع ١٥ – ٦٩٣ ، ١٩٦٩/٣/١١ – المجموعة ٢٠ – ٣٩١ ، ١١ / ٢ / ١٩٧٤ – المجموعة ٢٥ – ٣٢٧ . وأنظر فى اعتماده بالنسبة لاوامر تقدير الرسوم القضائية . نقض ٨ / ١٠ / ١٩٥٦ – المجموعة ٧ – ٨٤٢ .

وقارب فى اعتماد هذا التصور : عبد المنعم الشرقاوى – شرح قانون المرافعات – المرجع السابق – بند ٣٦٤ ، أحمد أبو الوفا – التعليق على المادة ٢٠٦ ، حيث يعتبر أن الامر بعد فوات ميعاد التظلم منه يكون بمثابة حكم انتهائي .

(٤) أنظر فى عرض هذا الرأى : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الاحكام – المرجع السابق بند ٦٢ – ص١١٦ – الهامش رقم (٢) .

فأمر الأداء فى نظر هذا الجانب من الفقه هو عملاً قضائياً ، إذ يتضمن قضاء فاصلا فى خصومة ، ويصدر من القاضى فى موضوع دعوى رفعت بالإجراءات التى رسمها القانون لهذه الدعوى (١) ، فالقانون قد أوجب اتباع طريق أوامر الأداء ، واعتبره طريقا لرفع الدعوى إستثناء من القواعد العامة فى حالة المطالبة بالحقوق الثابتة بالكتابة . وعلى هذا ، يعد طلب إستصدار أمر الأداء مطالبة قضائية بحق ، لأن فيه معني المطالبة بالحق أمام القضاء ، المطالبة الجازمة بعد تكليف المدين بالوفاء (٢) .

والقاضى المختص بإصدار أمر الأداء يفصل فى مطالبة قضائية بحق وفى خصومة حول أصل الحق ، إذ هو يقضى بإلزام المدين بأداء الحق ، وهو قضاءً قطعياً ملزماً (٣)، فيكون عمله عملا قضائيا ، ويختلف هذا عن قاضى الأمور الوقتية الذى يقوم بإصدار قرارات بإجراءات وقتية أو تحفظية لتنظيم سير الخصومة التي لم تبدأ بعد ، أو التى بدأت ، فيكون عمله عملا ولائيا (٤) .

فطبيعة المطالبة بالحقوق الثابتة بالكتابة ، وبالتالى القرار الصادر بإلزام المدين بأداء الحق ، هى أساس الرأى الذي يعتبر عمل القاضى بالنسبة لأوامر

---

(١) أنظر : رمزى سيف – الوسيط-المرجع السابق – ص ٧٤٢ ، فتحى عبد الصبور – البطلان وأوامر الأداء – مقال بمجلة المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية – السنة ٦١ العدد الثانى – ص ١١٨٠ .

(٢) راجع : فتحى عبد الصبور – الإشارة السابقة .

(٣) راجع : عبد الحميد وشاحى – أوامر الأداء – المرجع السابق – ص ٩٥ .

(٤) راجع : فتحى عبد الصبور – المقالة السابقة – ص ١١٧٩ .

الأداء قضاءً قطعيا ملزما، ولم يمنع من القول بهذا الرأى تشابه إجراءات أوامر الأداء وإجراءات الأوامر على العرائض أو أن تكون سلطة القاضى فى إصدار الأمر بالأداء هى ذات سلطة قاضى الأمور الوقتية عند إصدار الأمر على عريضة أو بعضها .

فهذه الأوامر وفقا لهذا الإتجاه ، لا تستند لسلطه القاضى الولائية ، بل تستند إلى سلطته القضائية[1] ، لانها لا تقرر إجراءً وقتيا أو تحفظيا ، وإنما تتضمن إثبات الحق لأحد الخصمين ، وإلزام الآخر بأدائه ، فهى تحسم الخصومه ، وتتناول موضوع الحق ، وتشتمل على عنصرى الحكم القضائى وهما التقرير والإلزام (٢) .

ووفقا لهذا الإتجاه ، فإن أمر الأداء يكون عملا قضائيا ، له كل مقومات العمل القضائى ، ويرتب نفس آثاره (٣) ، فهو يحوز حجية الأمر المقضى ، ويحوز القوة التنفيذية تماما كالحكم القضائى الذى يصدر فى دعوى إلزام (٤) ، وبصفة عامة ، يخضع أمر الأداء للقواعد التى يخضع لها العمل القضائى (٥) .

---

(١) راجع : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى – المرجع السابق – ص ٤١٥ وما بعدها . الإستئناف المباشر لأوامر الأداء – المقالة السابقة – ص ٣٧٩ ، مبادىء المرافعات – المرجع السابق – ص ٢٨٦ .

(٢) راجع : عبد الباسط جميعى – مبادىء المرافعات – المرجع السابق – ص ٢٨٧ .

(٣) راجع : فتحى والى – مبادىء قانون القضاء المدنى – المرجع السابق – بند ٤٠٣ ، ص ٧٠٢ .

(٤) راجع : فتحى والى – الإشارة السابقة .

(٥) راجع : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – طبعة سنه ١٩٧٨ – ص ٢٨٤ .

والنتيجة الملازمة لذلك هي أن المطالبة بهذه الحقوق والتى تتخذ شكل العريضة تكشف عن تمسك الطالب بحقوقه ورغبته فى حمايتها قضائياً . ومؤدي ذلك هو اعتبار العريضة المقدمة مطالبة قضائية بالحقوق والمراكز مضمونها يترتب عليها مايترتب علي المطالبة القضائية من آثار اجرائية وموضوعية . ولقد قضي تطبيقاً لذلك أن العريضة تعتبر بديلة صحيفة الدعوي وعن طريقها تتصل المطالبة بالقضاء - نقض ٢٧ / ٢ / ١٩٧٩ - الطعن ٨٥٤ لسنة ٤٤ ق ، ١٣ / ٢ / ١٩٨٠ - الطعن ٤١٥ لسنة ٤٦ ق ، وأن تقديم العريضة يقطع التقادم بالنسبة للحقوق محل الطلب فيها ، نقض ٦ / ١١ / ١٩٦٩ - المجموعة ٢٠ - ١١٧٠ ، ٢٠ / ١١ / ١٩٦٩ - المجموعة ٢٠ - ١٢٢٠ ، ٢٥ / ٦ / ١٩٧٥ - المجموعة ٢٦ - ١٢٩٢ .

راجع فى هذه الآثار : فتحى والى - الوسيط - بند ٢٦٢ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط ١٩٧٠ - بند ٧٤ ، ابراهيم نجيب سعد - جـ ١ - بند ٢٣٢ ص ٢٣٧ .

ولقد أدي ذلك بجانب من الفقه إلى إنكار صفة الأمر عن أمر الأداء وإضفاء صفة الحكم عليه فرغم تسميته أمراً لايعد أمر الأداء أمراً بالمعني الدقيق ، وإنما يعد حكما يصدر فى خصومة تتم باجراءات خاصة . أنظر : رمزي سيف - بند ٥٣٠ ، ص ٧٤٤ ومايليها ، أحمد مسلم - أصول - بند ٥٦١ ، عبد الباسط جميعي الإستئناف المباشر لأوامر الأداء - مجلة العلوم القانونية والإقتصادية العدد (٢) (١٩٦١) ص ٢٧٩ ، عز الدين الديناصوري وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ط ١٩٨٢ - ص ٥٥٤ ، ٥٦١ ، أحمد السيد صاوي - الوسيط - بند ٢٤٠ وفي اعتماد ذلك التصور قضائياً ، أنظر : نقض ٤ / ٤ / ١٩٦٣ - المجموعة ١٤ - ٤٧٥ - المجموعة ٦٩٣ ، ١١ / ٣ / ١٩٦٩ المجموعة ٢٠ - ٣٩١ . ١١ / ٢ / ١٩٧٤ ، المجموعة ٢٥ - ٣٢٧ . وأنظر فى اعتماده بالنسبة لأوامر تقدير الرسوم القضائية : نقض ١ / ٢ / ١٩٧٧ - المجموعة ٢٨ - ٥٨٦ ، ولأوامر تقدير المصاريف القضائية : نقض ٨ / ١٠ / ١٩٥٦ - المجموعة ٧ - ٨٤٢ . وقارب فى اعتماد هذا التصور : عبد المنعم الشرقاوي - شرح - بند ٣٦٤ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على المادة ٢٠٦ ، حيث يعتبر أن الأمر بعد فوات ميعاد التظلم منه بمثابة حكماً انتهائياً يرتب حجية الأمر المقضي ويحوز

إستنادا إلى الأسباب الآتية(١) :-

أولا :- أن المشرع المصرى كان صريحا وواضحا فى بيان اشتمال أمر الأداء على قضاء قطعى ملزم فى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

ثانيا :- نص المشرع المصرى فى الماده ٢٠١ من قانون المرافعات بعبارة صريحه على أنه : « إستثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى إبتداء » ، وهذا يبين بوضوح ويؤكد أن طلب الأداء بالطريق الذى حدده المشرع ، هو وسيلة خاصة للإلتجاء إلى القضاء ، وذلك للمطالبة بحق كان المفروض أن تتم بطريق

القوة التنفيذية . ولقد ذهب رأى فى الفقه إلى مدى أبعد من ذلك بتقريره أن أمر الأداء يجب أن يستوفي بيانات الأحكام ويخضع لقواعد إصدارها وتحريرها . أنظر : عبد الحميد وشاحي أوامر الأداء – ط ١٩٥٨ – بند ٧٧ – ص ١٠٢ .

ولقد كان هذا التصور يجد سنداً تشريعياً فى مجموعة المرافعات الملغاة ، فطبقاً للمادة ٨٥٣ من المجموعة الملغاة ، فإن أمر الأداء يعد بمثابة حكماً غيابياً . ولقد عدلت هذه المادة وحذفت منها هذه العبارة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . وجاء قانون المرافعات القائم ليعيد صياغة النصوص المتعلقة بأوامر الأداء على نحو يحتم ضرورة التمييز فى النظام القانونى لأمر الأداء بين الشكل والمضمون حيث يخضع كل منهما للقواعد الخاصة به . وتجسد هذه النصوص التصور الذي سبق أن تبناه واضعوا القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ والذي عبرت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بتقريرها أنه : « كما عني المشروع بأن يبرز بجلاء صفة الأمر باعتباره أمراً وليس حكماً واحتفاظه بهذه الصفة حتي صدوره – هذا علي الرغم من أنه يشتمل على قضاء قطعي ملزم – وبهذا يتعين الإعتداد بهذه الصفة عند إصداره سواء من ناحية بيانات الأمر أو من ناحية إجراءات استصداره » .

(١) راجع : أمينة النمر – أوامر الأداء – ١٩٨٤ – بند ١٩ – ص ٤٤ ومابعدها .

الدعوى – وهى الطريق العادى للطلبات القضائية – لولا نص المشرع على هذه الإجراءات الإستثنائية ، ويؤكد هذا أن المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ذكرت : (أما بالنسبة لأوامر الأداء فقد أوضح المشرع أن استصدار الأمر بأداء الدين الثابت بالكتابة لا يكون طريقا إلزاميا إلا عندما يقصد رفع الدعوى إبتداء ، أما عند المطالبه به أثناء دعوى قائمة ، فمن الجائز أن يكون ذلك فى صورة طلب عارض) ، وطبيعى أن المطالبة بالدين الثابت بالكتابة لا تختلف طبيعتها ، سواء قدمت فى صورة طلب عارض ، أو فى صورة طلب أصلي وإن اختلفت وسيله مباشرتها .

ثالثا : – كان المشرع المصرى ينص فى الماده ٨٥٧ والمعدله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ على أنه : « .... ويترتب على تقديم العريضة قطع التقادم ... » وأكد هذا فى المذكرة التفسيرية للقانون بقوله (كما نص المشروع فى الماده ٨٥٧ على أنه يترتب على تقديم عريضة طلب الأداء مصحوبة بما يدل على أداء الرسم قطع التقادم ....) ، ولما كان انقطاع التقادم لا يترتب كقاعدة وفقا لنص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى المصرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فإن تقرير هذا الأثر يفيد فى الدلالة على إرادة المشرع إعتبار تقديم عريضة الأداء بديلا لرفع الدعوى .

رابعا : – تمشى المشرع مع اعتبار أمر الأداء مطالبة قضائية يفصل فيها القاضى المختص بقضاء قطعى ملزم باستلزامه أداء الرسم كاملا ، واشتراط أن يرفق بها الدائن ما يدل على أداء الرسم ، كشرط لقبول عريضة الأداء (المادة ٢٠٨ فقره ١ من قانون المرافعات) [1] .

---

(١) راجع : أمينة مصطفى النمر – أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية – الطبعة الثالثة ١٩٨٤ – بند ١٩ – ص ٤٥ .

خامسا : - تطلب المشرع المصري توقيع محام على عريضة أمر الأداء إذا كانت مقدمة إلى المحاكم الإبتدائية ، وأن يكون من المقررين أمامها ، وكذلك الحال إذا كانت مقدمة إلى المحاكم الجزئية ، متى بلغت أو جاوزت قيمه أمر الأداء خمسين جنيها (المادة ٨٧ من قانون المحاماه المصرى رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨) وهذا التوقيع يتطلبه القانون عاده فى صحف الدعاوى والطعون مما يؤكد أن طلب الأمر بالأداء ما هو إلا طريقاً خاصاً من طرق رفع الدعوى والإلتجاء إلى القضاء .

سادسا : - يشترط لإمكان تنفيذ أمر الأداء أن يذكر القاضى صراحة جواز تنفيذ الأمر معجلا ، أو أن يكون صادرا فى مسأله يكون النفاذ المعجل فيها واجبا بقوة القانون ، أو أن يكون الأمر جائزاً التنفيذ بحسب القواعد العامة ، فقد نص المشرع فى المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات على سريان الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال ، وذلك نظراً للتشابه القائم بين مضمون أوامر الأداء والأحكام ، فكل منهما يقرر حقا لأحد الخصوم فى مواجهة الآخر ، مما يقتضى تقييد تنفيذ السند ، وهذا الحكم يخالف القاعدة المقررة فى الأوامر على العرائض التى لا تتضمن إلا إجراءً وقتياً تحفظياً .

وخلاصة هذا الإتجاه ، أن أمر الأداء يكون عملاً قضائياً له كل مقومات العمـــل القضائى ، ويرتب نفس آثاره ، وهذا هو الإتجاه الذى أخذت به غالبية الشراح .

ويترتب على اعتبار أمر الأداء عملا قضائيا ، خضوعه للقواعد التى تحكم العمل القضائى . ويخضع القاضى الذى يصدره لذات القواعد التى يخضع لها سائر القضاة عند مباشرتهم لوظيفتهم القضائية . كل هذا بطبيعة الحال ما لم يرد نصاً خاصاً يقرر إستثناءً علي ذلك ، أو كانت القواعد المتقدمة تتناقض مع

النظام القانوني لأوامر الأداء .

فلا يحول دون تطبيق القواعد العامة للعمل القضائى على أوامر الأداء إلا إرادة المشرع الصريحة بمقتضي نص خاص ، أو أن يكون فيها ما يتعارض مع الإجراءات المقررة لإصدار هذه الأوامر ، ونتيجة لذلك ، فإنه تراعى فيما يتعلق باختصاص القاضى المطلوب منه إصدار الأمر قواعد توزيع الإختصاص المحددة فى القانون ، سواء ما تعلق منها بالإختصاص الوظيفى أو النوعى أو المحلى وكذلك يلزم لقبول أمر الأداء باعتباره مطالبة قضائية ، شأنه شأن الدعوى توافر شروط القبول ، مثل المصلحة والصفة ، وإن كانت تعتبر شروطاً لإجابة الطلب باستصدار أمر الأداء . وكذلك يجب توافر الأهلية .

ونتيجة لما تقدم ، فإن أمر الأداء يحوز حجية الشيء المقضى به وتكون له هذه الحجية بين الخصوم أنفسهم ، فلا تجوز إعادة عرض الموضوع على القاضى ، كما يكون على القاضى أن يمتنع من تلقاء عن إعادة النظر فى طلب أمر الأداء ، إذا كان قد سبق له إصدار أمراً بالأداء بذات الحق ، أى فى ذات الطلب ، ولا يزال الأمر قائما لم يسقط .

وكذلك يخضع أمر الأداء فيما يتعلق بتنفيذه للقواعد الخاصة بالأحكام وذلك لاشتماله على قضاء ملزم (١) .

الإتجاه الثاني : أوامر الأداء ذات طبيعة ولائية :-

يرى أنصار هذا الإتجاه ، أن أوامر الأداء تعتبر أعمالا ذات

---

(١) راجع : أمينة النمر – أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية – الطبعة الثالثة ١٩٨٤ بند ٢٠ – ص ٤٦ ، ٤٧ .

طبيعة ولائية (١) فالقاضى المختص بإصدار الأمر بالأداء ، إنما يباشر وظيفة ولائية ، وهو يصدر أمرا لا حكما (٢) ، ومن ثم ، لا يلزم أن يتوافر فى الأمر بيانات الحكم .

ويؤكد البعض من أنصار هذا الإتجاه ، الطبيعة الولائية لأوامر الأداء ، وذلك استنادا إلى الأسباب الآتية (٣) : -

أولا : - أن المشرع قد نص على وجوب استصدار الأمر بالأداء بدلا من عرض النزاع على المحكمة إبتداء وتعطيل نظر القضايا الأخرى ، ومعنى هذا أن المشرع قصد التيسير على المحاكم ، فبدلا من أن يقوم بوظيفة قضائية ، أوجب أن تباشر أولا وظيفة ولائية ميسرة ، وتصدر أمرا ، بدلا من أن تصدر حكما وقد يغنى كل هذا عن موالاة وظيفتها القضائية وذلك لتوفير الوقت والجهد .

ثانيا : - أن المشرع المصرى يوجب على القاضى إصدار أمراً لاحكماً فهو

---

(١) راجع من أنصار هذا الإتجاه : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . الطبعة السادسة - سنه ١٩٧٦ - بند ٨٧ مكرر ٦ - ص ١٨٣ وما بعدها ، محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - المرجع السابق - طبعه سنه ١٩٧٨ - ص ٧٤ ، ٧٥ .

(٢) راجع : أحمد أبو الوفا - الإشارة السابقة .

(٣) راجع : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - المرجع السابق - من ص ١٨٥ وحتى ص ١٨٧ والرأى المتقدم كما هو واضح يستند فى تأكيد وجهة نظره بأن عمل القاضى فى إصدار أمر الاداء هو عملاً ولائياً إلى تشابه إجراءات استصدار أوامر الاداء وإجراءات الاوامر على العرائض ، وأن سلطة القاضى المختص بأمر الأداء هى ذات السلطة المخولة لقاضى الامور الوقتية عند إصداره الأوامر على العرائض . ومرجع هذا ، تلك النظرة التى تربط بين العمل الذى يؤديه القاضى ، والقرار الصادر بناء على هذا العمل ، فأمر الاداء كقرار هو أمراً على عريضة يخضع لذات القواعد التى تخضع لها هذه الأوامر ، لأن القاضى يقوم بعمل ولائى لأن الأمر كقاعدة هو الشكل العام للعمل الولائى حتى ولو تضمن القرار الذى يصدر قضاء قطعياً ملزما فى تفصيل ذلك . راجع : أمينة النمر - أوامر الاداء - بند ١٤ ص ٣٨ .

يقول فى الماده ٢٠٣ من قانون المرافعات أنه : - « .... ويجب أن يصدر الأمر .... » ، وهو يقول فى الماده ٢٠٤ من قانون المرافعات أنه : « إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب إلى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر » ، وهذا يتضح بجلاء أيضا فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات .

وإذا كانت إرادة المشرع ترمى إلى إلزام القاضى المختص بإصدار حكماً لنص على ذلك صراحة فى نصوصه المختلفة ، وبعبارة أخرى ، لم يكن هنـــاك مايمنع المشرع من النص على إلزام القاضى باصدار حكماً، وإنما هو أوجب عليه إصدار أمراً ، وفارق كبير بين إصدار أمراً وإصدار حكماً، والأمر معناه أمراً على عريضه ، أى أمراً يصدر بما للقاضى من سلطة ولائية .

وهذا ما عنت إرادة المشرع بايضاحه فى المذكرة التفسيرية للقانون ورائد المشرع فى ذلك ، هو تبسيط الإجراءات وتيسيرها ، وتخفيف عمل القاضى فى الحالات المقرره فى الماده ٢٠١ من قانون المرافعات ، وتفادى حالات البطلان فى التشريع ، فإذا تطلب المشرع من القاضى إصدار حكماً، كما يصدر الأحكام بالمعنى الحقيقى للكلمه ، فإنه يكون قد أهدر بيد ما منحه باليد الأخرى .

فالمشرع خالف القواعد العامة من حيث رفع الطلب ، فهو يرفع باتخاذ إجـــراءات ولائيـــة بحتة ، ومن حيث نظره ، فهو ينظر كأى طلب يقدم على عريضة ، ومن حيث صدور القرار فى الطلب ، فهو أيضا كأى أمر يصدر على عريضة (١) .

ثالثا : - يؤكد كل ذلك ، أن المشرع المصرى يمنع القاضى من موالاة وظيفته القضائية عند إصدار الأمر ، فهو يقول فى الماده ٢٠٤ من قانون المرافعات أنه : « إذا رأى القاضى أو رئيس الدائرة المختصة ، أن لا يجيب

---

(١) راجع : أحمد أبو الوفا - التنفيذ - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

الطالب إلى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمـــر ... » ، فالـقاضى لا يصدر الأمر الولائى إلا إذا أجاب به كل مطلوب الخصم ، فـاذا تطلب الأمر فصلا فى خصومة وجب عليه أن يمتنع عن موالاة وظيفته الولائية ، حتى لا يخرج عن حدودها ، وحتى لا يباشر سلطة قضائية فى حالة هو ممنوع من مباشرتها لأنه ليس بصدد خصومة قضائية ، وهو ممنوع من موالاة سائر السلطات التى يباشرها القاضى بماله من سلطة قضائية ، كإحالة أمر على التحقيق لإثباته بشهادة الشهود .

وكل ما تقدم لا يمنع القاضى من موالاة وظيفته الولائية فى الحدود المقررة له فى التشريع ، فعليه أن يطبق القانون من تلقاء نفسه ، فيرفض إصدار الأمر إذا لم يحترم القانون ، كما إذا لم يوقع على عريضته محام وفق ما نص عليه قانون المحاماه ، أو كما إذا كان القاضى غير مختص اختصاصا متعلقا بوظيفة الجهة التابع هو لها ، أو كما إذا كانت العريضة تجهل بالمدين ، أو لم يرفق سند الدين الموقع عليه من المدين (١) .

رابعا : - يؤكد كل ما تقدم أيضا أن إجراءات استصدار الأمر تتم بغير مرافعة وفى غفلة من الخصم الآخر ، كذلك فإن الأمر لا يلزم أن تتوافر فيه إلا البيانات التى أوجبها المشرع صراحة فى الماده ٢٠٣ من قانون المرافعات المصرى ، ولذلك فإن كل اتجاه يرمى إلى فرض صفة الحكم على الأمر قبل صدوره ، يكون قد خالف صريح الماده ٢٠٣ المشار إليها .

ولكن إذا صدر أمر الاداء ، فإن المشرع يعتبره بقوة القانون بمثابة حكم ويعد فاصلا بقضاء قطعى ملزم فى المطالبة بحق الدائن ، ويكون له آثار الحكم

---

(١) راجع : أحمد أبو الوفا - التنفيذ - المرجع السابق - ص ١٨٨ .

القطعى ، من ناحية حجيته وحسمه للنزاع ، ومن ناحية قابليته للتنفيذ [١] .

ورغم ذلك ، فإن أمر الأداء ليس بحكم [٢] ، فهو مجرد أمراً ولائياً ، ولكن إرادة المشرع تمنحه آثار احكم ، وإذلك فإنه ليست له بيانات الحكم ، ولا يصدر فى جلسة علنية ، ولا يطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام ، وهو يقبل الإستئناف المباشر بنص خاص ، وإنما لا يقبل النقض المباشر أو التماس إعادة النظر ، كذلك لا يتصور أن يطلب تفسيره أو تصحيحه ، على ما هو متبع بالنسبة للأحكام [٣].

الإتجاه الثالث : أوامر الأداء ذات طبيعة مزدوجة : -

يرى أنصار هذا الإتجاه وبحق أن أمر الأداء ذو طبيعة مزدوجة [٤] ، فهو أمراً صادراً علي عريضة ، ولكنه ليس صادراً من قاضي الأمور الوقتية ، وليس صادرا في مسألة ولائية ، وإنما هو صادراً من القاضي المختص في مطالبة قضائية [٥] ، ولذلك رغم كونه شكلاً أمراً علي عريضة ، إلا أن موضوعه أشبه بالحكم الغيابي [٦] ، ومن ثم ، فهو ذو طبيعة مزدوجة .

---

(١) راجع : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - المرجع السابق - ص ١٨٨ ، ١٨٩

(٢) راجع : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ١٨٩ .

(٣) راجع : أحمد أبو الوفا - الإشاره السابقة .

(٤) راجع : أحمد مسلم - أصول المرافعات - المرجع السابق - طبعه سنه ١٩٧١ - بند ٦١٤ ص ٦٦٥ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية والإختصاص القضائى - الرسالة السابقة - سنه ١٩٧٩ - ص ١٥٩ ، أعمال القضاة - المرجع السابق ص ١٧١ ، ١٧٢ ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - طبعة سنة ١٩٩٣ بند ٦١ - ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٥) راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء - الطبعة الثالثة - ص ٥٩ .

(٦) راجع : أحمد مسلم - أصول المرافعات - المرجع السابق - طبعة سنة ١٩٧١ - بند ٦١٤ - ص ٦٦٥ .

وإذا كان الأمر كذلك ، إلا أن جانبا من الفقه ، وإن كان يتفق مع وجهة النظر السابقة

....

التي اتجهت الي اعتبار أمر الأداءعملاً قضائياً ملزماً إلي أنه لايتفق ماذهب إليه أنصار هذا الرأى من أفكار أخري ، مثل اعتبار القرار الصادر بالأداء حكماً يشبه الحكم الغيابي ، أو وجوب أن تتوافر في أمر الأداء البيانات التي تجب في سائر الأحكام ، أو إخضاع أوامر الأداء لقواعد إصدار الأحكام وتحريرها أو قواعد الطعن في الأحكام الغيابية وإعلانها وذلك علي أساس أن هذه الآراء جميعها قرعمدت ، وكما يعتقد هذا الجانب من الفقه ، إلى إسباغ صفة الحكم على الأمر بالأداء حتى قبل صدوره لتفسير خضوعه لبعض قواعد الأحكام القضائية راجع : أمينة النمر – أوامر الأداء – الطبعة الثانية – ١٩٨٤ – بند ١٦ – ص ٤٠ وما بعدها .

فهذا الجانب من الفقه يرى أن سريان قواعد الأحكام القضائية على أمر الأداء لا يحول دون التسليم له – أى لأمر الأداء – بصفته كأمر ، لأن أساس خضوع أوامر الأداء لبعض قواعد الاحكام مرجعه إرادة المشرع بالنص الصريح كاستثناء من النظام القانونى للأوامر على عرائض باعتباره فيها فإذا كان الرأى القائل بالطبيعة القضائية لأمر الأداء قد حدد طبيعة أمر الأداء بحسب نوع العمل الذى يقوم به القاضى عند إصدار الأمر قضاءً قطعيا ملزما للمدين ، ولهذا فهو يصدر حكما ، لأن الحكم هو الشكل الذى يصدر به قرار المحكمة الفاصل فى خصومة .

وعلى هذا ، يرى هذا الجانب من الفقه المعارض لاعتبارا أمر الأداء حكما يشبه الحكم الغيابى ، أو وجوب أن تتوافر في أمر الأداء البيانات التى تجب فى سائر الأحكام ، أو إخضاع أوامر الأداء لقواعد إصدار الأحكام وتحريرها ، أو قواعد الطعن فى الأحكام الغيابية واعلانها ، عدم التسليم بهذه النتائج ، وأن أمر الأداء وجهة نظرهم يحتفظ له المشرع بهذه الصفة إلى حين إصداره وخلال المراحل التى يمر بها ليخرج إلى الوجود ، يخضعه المشرع للقواعدُ المنظمة للأوامر على العرائض ، فيما عدا ما قرر مغايرته له ونص عليه صراحة – أمينة النمر – أوامر الأداء – المرجع السابق – بند ٢٦ – ص ٥٩ – فقد رأى المشرع تقديرا لطبيعة العمل القضائى الذى يقوم به القاضى عند إصدار أمر الأداء أن يسند لأمر الأداء بعض قواعد الدعاوى والأحكام التى رآها كفيلة بتحقيق الرعاية للمدين والدائن ، وذلك باعتبار أن الموضوع يتعلق بمطالبة قضائية بحق ، وذلك لحسن القضاء وعدالته ومثال ذلك ، أنه إستوجب تكليف المدين الوفاء بالدين قبل تقديم عريضة أمر

======

الأداء ، وأجاز استئناف أمر الأداء أمام محاكم الدرجة الثانية ، فضلا عن التظلم منه ، وجعل تنفيذ أمر الأداء وفقا لقواعد تنفيذ الأحكام ، ومن حيث التنفيذ المعجل . أمينة النمر – أوامر الأداء – المرجع السابق – بند ٢٧ – ص ٥٩ ، ٦٠ .

فكما أن الخصومة ليست هي الشكل الإجرائي الوحيد للعمل القضائي ، فقد يسمح القانون بأدائه بشكل مخالف لها تماماً ، فكذلك الحكم إن كان هو الشكل العام للعمل القضائي ، إلا أن المشرع قد يتجاوز عن هذا الشكل ، ويرتضي شكلا أكثر بساطة وملائمة للظروف ، وهو ما قرره في حالة أوامر الأداء ، فالقرار الصادر فيها هو أمراً على عريضة ، ويؤكد هذا القول ما ورد بوضوح في نصوص القانون ، وفي المذكرة التفسيرية التي حرصت على أن تبرز صفة الأمر للأمر بالأداء باعتباره أمرا ، وذلك على الرغم من أن يشتمل على قضاء قطعي ملزم . وقد نظم المشرع إجراءات إستصدار أمر الأداء ، فحدد كيفية التقدم بالطلب ، والبيانات اللازم توافرها فيه ، وحدد إجراءات إصداره ، واحتفظ له المشرع في كل هذا بصفة الأمر ، وبذا يتعين الإعتداد بهذه الصفة عند اصداره ، سواء من ناحية بيانات الأمر ، أو من ناحية إجـــراءات استصداره – أمينة النمر – أوامر الأداء – المرجع السابق – بند ٢٦ – ص ٥٨ ٥٩ .

وهذا التحديد لطبيعة أوامر الأداء من جانب المشرع باعتبارها أوامر وليست أحكاما ، يتفق وحسب قول هذا الجانب من الفقه مع النتائج التي توصل إليها هذا الرأي من خلال تكييفه للطبيعة القانونية لأوامر الأداء ، فلا يجوز القول بأنها أحكاما على الرغم من عدم توافر الشكل القانوني للأحكام فيها .

ولا ينفي صفه الأمر عن أمر الأداء أن يكون هناك اختلافاً في بعض الإجراءات الخاصة به عن إجراءات استصدار الأمر على عريضة . فهذا الإختلاف مرجعه أصلا نوع العمل في الحالتين حيث يكون مترتباً في الحالة الأولى على عمل قضائي ، مما تقتضي مزيداً من الضمانات والمغايرة في بعض قواعد الأوامر على العرائض ، ولو عن طريق الأخذ بالقواعد المقررة في الأحكام ، ويكون في الحالة الثانية صادراً بإجراء وقتي أو تحفظي . وفيما عدا أوجه الإختلاف هذه ، فأمر الأداء يخضع للقواعد التي تحكم نظام الأوامر على العرائض . أمينة النمر – الإشارة السابقة

....

وقد أكد هذا الجانب من الفقه القائل باعتبار أمر الأداء هو أمراً على عريضة صادراً فى مطالبة قضائية أن تحديد طبيعة أمر الأداء على هذا النحو المتقدم ، أخذت به بعض المحاكم فى أحكام لها .

ومنهاحكم محكمة إستئناف الأسكندرية ، والذى ذكرت فيه أن : « أمر الأداء لا يخرج فى الواقع عن كونه أمراً صادراً على عريضة . ولا يرفع عنه هذا الوصف أن المشرع إعتبره بمثابة حكماً غيابياً أجاز الطعن فيه بالمعارضة ، وبمثابة حكماً حضورياً إذا لم ترفع المعارضة فى الميعاد الذى حدده ، اذ أنه إذ اعتبره كذلك لم يقصد غير الآثار التى تترتب على هذا الأمر دون اعتباره حكما بمعناه المحدد كسائر الأحكام .... »

وكذلك حكم محكمة إستئناف القاهرة ، والذى ذكرت فيه أن : « الدفع ببطلان أمر الأداء لعدم صدوره باسم الأمة غير مقبول لأن أمر الأداء لا يعتبر حكما بل إنه أمراً على عريضة .. » - حكم محكمة إستئناف الأسكندرية - الصادر فى ٦ ديسمبر ١٩٥٥ - المحاماة ٩/٣٦ رقم ٤٥٤ - ص ١٣٥٨ ومشار إليه فى مرجع أمينة النمر - المرجع السابق - بند ٢٧ - ص ٦ وحكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر فى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ - المجموعة الرسمية - والسنة ٩/٥٨ - ص ١٢٤ مشار إليه بمرجع أمينة النمر السابق - الاشارة السابقة - وفى حكم أخر لها . ذكرت فيه : أن « أمر الأداء وإن كان يتضمن خصائص الحكم الغيابى من جواز المعارضة فيه فى الميعاد الذى حدده القانون ، فإن الظاهرة التى تسوده أنه أمراً صادراً على عريضة .. » - حكم محكمة إستئناف القاهرة « الدائرة المدنية » - ١٧ يونيو ١٩٥٨ - المجموعة الرسمية ٩/٥٧ - مشاراً إليه بذات المرجع السابق لأمينة النمر - الإشارة السابقة نفسها .

وإن كانت بعض المحاكم قد حرصت بنفي صفة الحكم عن أمر الأداء على النحو المتقدم ببيان أن المشرع يرغب فى إخضاع أوامر الأداء لبعض القواعد المنظمة للأحكام وإنزالها منزلتها ، دون أن تسبغ عليها صراحة وصف الحكم ، بل شبهتها به فحسب - أمينة النمر - أوامر الأداء - المرجع السابق - بند ٢٧ - ص ٦٠ .

فقد قضت محكمة إستئناف الأسكندرية بأن : « أوامر الأداء هى كالأحكام فى شمولها بالنفاذ

....

المعجل وجوبيا أو جوازاً في الأحوال المقرر قانوناً .. » – الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٥٧ «الدائرة التجارية » . المجموعة الرسمية ٣/٥٧ ، ٤ /٤٥ – مشار إليه بمرجع أمينة النمر السابق بند ٢٧ – ص ٦١ .

أما محكمة النقض المصرية فلم تسبغ صراحة صفة الحكم على أمر الأداء ، فقد ذكرت في حكم لها أن: « .. ذلك أن المشرع قد أنزل أوامر الأداء منزلة الأحكام الغيابية ، وأخضع المعارضة في أمر الأداء لأحكام المعارضة في الحكم الغيابي .. » – نقض ٧ يوليه ١٩٦٤ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢/١٥ – مشار إليه بمرجع أمينة النمر السابق – الإشارة السابقة نفسها-وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية قررت فيه أن « أنزل المشرع أوامر الأداء منزلة الأحكام فنص في المادة ٨٥٣ مرافعات مصري على أن يعتبر أمر الأداء بمثابة حكماً غيابياً ، كما حرصت المذكرة الإيضاحية لكل من القانونين ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣ ، و٤٨٥ لسنة ١٩٥٣ على نفي الرأي القائل باعتبار أمر الأداء بمثابة أمراً على عريضة . وقد أكد المشرع ذلك بمعاملة أوامر الأداء معاملة الأحكام في مواطن كثيرة .منها ما نصت عليه المواد ٨٥٥ ، ٨٥٦ ، ٨٥٧ مكرر من قانون المرافعات المصري ، مما يتأدى معه أن أوامر الأداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، وتشتبه بطريقة استصدار الأوامر على العرائض ، إلا أنها تصدربموجب السلطة القضائية لا الولائية ولها ما للأحكام من قوة ... » – نقض ٤ ابريل ١٩٦٣ . مجموعة أحكام النقض – السنة ٢/١٤ مشار إليه بمرجع أمينة النمر – ذات الإشارة السابقة .

ويستخلص هذا الجانب من الفقه من حكم محكمة النقض هذا أنها لم تصف أمر الأداء بصفة الحكم ، وإنما ذكرت فقط أن المشرع عامل أوامرالأداء معاملة الأحكام في مواطن كثيره أي أنه أخضعها لبعض القواعد المنظمة للأحكام « وهي المواد الواردذكرها في الحكم المتقدم » ولو كانت أوامر الأداء في حقيقتها حكماً ، لما كانت هناك حاجة إلى التعبير صراحة بأنها تخضع لقواعد الأحكام ، وإنما كانت تخضع لهذه القواعد وفقا للقواعد العامة – أمينة النمر – الإشارة السابقة .

كما يلاحظ هذا الجانب من الفقه كذلك ، أن اتجاه محكمة النقض إلى عدم إعتبار أمر الأداء أمرا على عريضة كان مستنداً في ذلك إلى القانون رقم ٢٦٥ ، ٤٨٥ لسنة ١٩٥٣ ، أما بعد

تطبق وفقاً للمادة الثالثة من قرار رئيس الجمهورية بإصدار قانون مجلس الدولة إلا فيما لم يرد بشأنه نص ، وبشرط ألا تتعارض نصاً أو روحاً مع أحكام هذا القانون ، سواءً فى الإجراءات ، أو فى أصول النظام القضائى للمجلس [١].

= عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ط٧ - ص ٧٨٣.

(١) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا - مجموعة الأحكام الخاصة بها - السنة الثانية - ص٦١٠ بند ٦٧ ، السنة الثالثة ص ١٢٦ بند ١٥ ، حكم محكمة القضاء الإدارى - مجموعة الأحكام الخاصة بها - السنة العاشرة - ص ٣٠٥ - بند ٣١٧ ، وراجع فى تفصيل ذلك : مصطفى أبوزيد فهمى - القضاء الإدارى - ص ٥٨٤ ، محمود حافظ - القضاء الإدارى - ص ٤٧٠.

الفصل الرابع

إصدار أوامر الأداء (١)

تنص المادة ٣/٢٠٣ من قانون المرافعات المصرى على أنه: "...ويجب أن يصدر الأمر على إحدى نسختى العريضة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ تقديمها وأن يبين المبلغ الواجب أداؤه من أصل وفوائد وما أمر بأداؤه من منقول حسب الأحوال وكذا المصاريف ".

كما تنص المادة ٢٠٤ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب إلى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها. ولا يعتبر رفض شمول الأمر بالنفاذ المعجل رفضاً لبعض الطلبات فى حكم الفقرة السابقة ".

ومفاد ماتقدم أنه إذا ما توافرت الشروط المتقدمة بنوعيها الموضوعية والشكلية ، يصدر القاضى أمر الأداء ، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، فإن القاضى لا يصدر أمر الأداء ، وإنما هو يرفض إصداره ، إما مع تحديد جلسة أمام المحكمة ، أو بغير هذا ، وذلك بحسب طبيعة الشرط الذى تخلف أو انتفى على نحو ما قرره القانون فى هذا الصدد.

فالقاضى لايملك إلا اتخاذ أحد موقفين : إما أن يجيب الطالب إلى كل طلباته ويصدر الأمر ، وإما ألا يجيبه إليها ، ويمتنع عن إصدار الأمر، ويحدد

---

(١) فى إصدار أوامر الأداء . راجع : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند ٨٥ - ص ١٦٤ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ - بند ١١٦ ومايليه ص ٢٠٧ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٣ ص ٨٧٠ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٥٣ وما يليه ص ٨٩ ومابعدها ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٧٥ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ - ص ٢٨٣ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم - ص ٢٦١ ومابعدها.

جلسة لنظر الدعوى ، فليس له أن يجيبه إلى بعضها وأن يرفض إجابته إلى البعض الآخر [١].

أولاً: إصدار أمر الأداء:

الإجراءات التى تتبع فى إصدار أمر الأداء ، هى ذات الإجراءات المتبعة فى إصدار الأوامر على عرائض ، وذلك مالم ينص المشرع على ما يخالف هذا.

فهو من حيث تقديمه يقدم بإجراءات العرائض ، ومن حيث نظره ، ينظر كأى طلب على عريضه ، ومن حيث صدور القرار فى الطلب المقدم ، يصدر كذلك كأى أمر على عريضه . وقد وردت هذه القواعد فى المذكرة التفسيرية للمادة ٨٥٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، إذ أوضحت أن المشرع "عنى بأن يُبرز بجلاء صفة الأمر باعتباره أمراً وليس حكماً ، واحتفاظه بهذه الصفة حتى صدوره ... وبذا يتعين الإعتداد بهذه الصفة عند إصداره ، سواء من ناحية بيانات الأمر ، أو من ناحية إجراءات إستصداره " [٢].

---

(١) بخلاف الوضع فى القانون الفرنسى الذى يعطى للقاضى سلطة الإختيار فى أن يكون قراره أحد أمور ثلاثة هى :

الأول: إذا قدر القاضى أن الطلب قائماً على أساس سليم ، فإنه يصدر قراراً بإلزام المدين بدفع المبلغ المطلوب.

الثانى : أن يرفض الطلب ويمتنع عن إصدار القرار ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يطعن على هذا القرار الصادر بالرفض ، وعليه أن يسلك طريق الإجراءات العادية.

الثالث: أن يصدر القاضى أمر الأداء بالنسبة لبعض طلبات المدعى ، ويرفض إصدار القرار بالنسبة للبعض الآخر ، وفى هذه الحالة يكون الدائن مخيراً بين أن يقبل القرار الصادر ، ويمتنع عليه سلوك طريق الإجراءات العادية بالنسبة للجزء الذى رفضه القاضى ، أو أن يرفض الأمر ويطالب بالمبلغ كله عن طريق الإجراءات العادية . ويلاحظ أن المادة ١٤١١ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديد تنص على أنه : « إذا لم يتم إعلان الأمر الصادر إلى المدين فى خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره ، فإنه يعتبر كأن لم يكن » ، وعليه فإنه يكون على الدائن إذا رفض القبول الجزئى أن يمتنع عن إعلان الأمر ، ويطالب بالمبلغ كله عن طريق الإجراءات العادية . أنظر فى ذلك :

HERON (JACQUES) : Droit judiciaire privé , Paris , 1991 , No 537 , P . 383, VINCENT et GUNCHARD , op . cit ., No 683 , p . 488 , COUCHEZ : Procédure civile , sirey , 1992 , No 291 , p . 268.

(٢) راجع المذكرة التفسيرية للمادة ٨٥٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ – ===

وينظر القاضى الطلب فى غير جلسة ، ولا يحضر الدائن طالب استصدار الأمر أو المدين المطلوب صدور الأمر فى مواجهته أوالكاتب ، كما لا تتدخل النيابة العامة ، ولو توافرت إحدى حالات التدخل[١]، وتتم إجراءات إستصدار الأمر بغير مرافعة وفى غفلة من الخصم الآخر ، ويقوم القاضى قبل إصدار الأمر بعمل تحقيق غير كامل [٢]، لأنه يقتصر فيه على الإطلاع على طلبات الدائن وأسانيده ، ولا يسمع الطرف الآخر ، ولا يجرى مواجهة بينهما ، الأمر الذى يجعل معرفته غير كاملة لمعطيات النزاع، ولا يكون على علم تام بكافة عناصر النزاع ، أو الوقوف على مختلف إدعاءات الخصوم ، بل تكون لديه فكرة ظاهرية عن النزاع ، وذلك من خلال الوقوف على ادعاءات الطالب ، والإطلاع على الأوراق والمستندات المقدمة منه [٣] .

لذلك يجب على القاضى قبل إصدار الأمر أن يقدر أن احتمال قيام المدين بالتظلم من الأمر الصادر ضده ضعيفاً ، وذلك لقوة مركز الدائن أو سلامة موقفه القانونى ، كما تظهره الأوراق والمستندات المرفقة بالطلب. لأن هذا النظام لا يحقق فوائده إلا إذا إنتهى النزاع عند إصدار الأمر ، وعدم قيام المدين بالطعن فيه .

فإذا رأى القاضى أن يجيب الطالب إلى كل طلباته ، فإنه يصدر أمر الأداء "مفهوم المخالفة للمادة ٢٠٤ مرافعات مصرى ". فليس له إصدار أمر الأداء

== ويلاحظ أن القاضى عندما ينظر فى طلب الأداء ، فإنه يفصل فى مسألة موضوعية ، لذلك فإنه يفصل فيه بوصفه رئيساً للمحكمة ، وليس بصفته قاضياً للأمور الوقتية ، ويصدر الأمر بمقتضى سلطته القضائية ، وليس بمقتضى سلطته الولائية . راجع فى هذا : نقض مدنى مصرى ١٩٧٢/٥/١١ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٣ ، ص ٨٧٢.

(١) أنظر : فتحى والى – مبادئ – بند ٤٠٠ ص ٦٩٤ ، الوسيط – بند ٨٧٠ ص ٤٢٣ ، المؤلف الأوامر – ص ٢٦١ ومابعدها.

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط – بند ٤١٨ ص ٨٥٨.

(٣) أنظر : السيد عبدالعال تمام : الأوامر والأحكام وطرق الطعن – ص ٢٧.

ببعض الطلبات المقدمة من الطالب. أى ليس له قبول بعض الطلبات ورفض البعض الآخر ، أو إحالة هذا البعض الأخر إلى المحكمة لتنظره بالإجراءات العادية، ذلك أنه إذا كان القاضى لم يكون إقتناعه بالنسبة لبعض الطلبات ، فليس له رفضها ، إذ أن تحقيقها تحقيقاً كاملاً قد يؤدى إلى قبولها (١).

ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا كان سيجرى تحقيقاً كاملاً بالنسبة لبعض الطلبات ، أي لن تنتهى الخصومة بقبول بعض طلبات الدائن وفقاً للإجراءات المبسطة ، فمن المناسب أن يشمل التحقيق كل ما طلبه الدائن طالب استصدار الأمر ، ذلك أن التحقيق الكامل ولاشك أكثر ضماناً للطرفين (٢) ، ومن ثم ، فإنه لا يجوز للقاضى أن يجيب الطالب إلى جزء من طلباته باعتباره الجزء الثابت ، ويحدد جلسة بالنسبة للجزء المتنازع فيه (٣).

ويصدر القاضى قراره على إحدى نسختى العريضة المقدمة إليه لطلب إصدار الأمر ، وهو ذات الإجراء المتبع فى إصدار الأوامر على عرائض . وذلك على الرغم من أن المشرع لم يذكر صراحة أن قلم كتاب المحكمة يسلم الدائن النسخة الثانية من العريضة مكتوباً عليها صورة الأمر ، كما فعل فى الأوامر على عرائض " المادة ١٩٦ مرافعات مصرى "، وإنما اقتصر على ذكر أنه: " يعلن المدين لشخصه أو موطنه بالعريضة وبالأمر الصادر ضده بالأداء .." المادة ٢٠٥ مرافعات مصرى ».

إلا أنه من البديهى أن تكون النسخة التى يصدر عليها الأمر، هى النسخة الأصلية له (٤) ، ولا تسلم للدائن بل تحفظ فى قلم الكتاب ، شأنها شأن نسخة الحكم الأصلية ، ولا يعلن المدين إلا بالنسخة الثانية منقولاً عليها صورة قرار

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٣ ، ص ٨٧٠.
(٢) أنظر : فتحى والى - الإشارة المتقدمة.
(٣) أنظر : عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - طبعة سنة ١٩٨٠ - ص ٣٩٦.
(٤) أنظر : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - ص ٦٠.

القاضى بأمر الأداء ، وسائر البيانات الأخرى التى يوجب القانون ذكرها [١] ، وهى :

١- تاريخ إصدار الأمر ، إذ من هذا التاريخ يحسب ميعاد سقوط الأمر "المادة ٢/٢٠٥ مرافعات مصرى " [٢].

٢- إسم القاضى أو رئيس الدائرة الذى أصدر الأمر ، وإسم المحكمة التى يتبعها ، وذلك للتأكد من صدوره ممن له اختصاص بإصداره ، إذ يمكن إثارة هذه المسألة عند التظلم من الأمر ، أو رفع استئنافاً عنه.

٣- ما إذا كان إبتدائياً أو نهائياً ، صادراً فى مادة مدنية أو تجارية [٣] ، وما إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل إذا كان القاضى قد أمر بنفاذه [٤].

---

(١) أنظر : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - ص ٧٧ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء ص٧٩ ، ٨٠. ولا يلزم أن تتوافر فى أمر الأداء الصادر إلا البيانات التى أوجبها المشرع صراحة فى المادة ٢٠٣ مرافعات مصرى ، فليست له بيانات الحكم القضائى . أنظر : عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٢.

(٢) ويبطل أمر الأداء إذا خلا من بيان تاريخ صدوره ، لما يترتب على هذا التاريخ من آثار ، كسقوط الأمر مثلاً ، وغيرها . عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٣.

(٣) لأن هذا يفيد بيان شمول الأمر الصادر بالأداء بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، وذلك إذا كان صادراً فى مادة تجارية ، فإذا خلا أمر الأداء من هذا البيان ، فإنه لا يكون باطلاً. ويستطيع المحضر المكلف بالتنفيذأن يتبين تنفيذ الأمر معجلاً بقوة القانون ، سواءً من بيانات الأمر ذاته الذى يقوم بتنفيذه ، أو من بعض الشواهد ، كصدور الأمر من قاضى المحكمة التجارية الجزئية فى القاهرة مثلاً، أو الأسكندرية ، أو من رئيس الدائرة التجارية بالمحكمة الإبتدائية المختصة . عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٣ ، ٨٤ .

(٤) وذلك حتى يتمكن الدائن من إجراء التنفيذ بمقتضاه . فإذا كان الدائن قد طلب شمول الأمر بالنفاذ المعجل ، ولم يتضمن قرار القاضى إجابة أو رفضاً لهذا الطلب ، فلا يؤثر هذا على أمر الأداء ذاته ، أى لا يؤدى إلى بطلانه ، وإنما يؤثر على تنفيذ الأمر معجلاً . ويستثنى من هذا أن يكون أمر الأداء صادراً فى مادة تجارية ، إذا يكون فى هذه الحالة مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، ولا تكون هناك حاجة إلى ذكر هذا التنفيذ المعجل فى الأمر ، وذلك كماهو الشأن فى الأحكام . عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٣.

وإذا كان من المتعين ذكر التنفيذ المعجل فى القرار الصادر من القاضى ، إلا أن هذا الوجوب لا يكون إلا فى القرار الصادر بالأداء ، لأن هذا القرار هو وحده الذى أخضعه المشرع للقواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام. أما إذا صدر قرار القاضى بالرفض فقط ، أو مع تحديد جلسة ، ===

٤- توقيع القاضى مصدر الأمر ، إذ أن هذا التوقيع هو الذى يدل على صدور الأمر ممن صدر منه [(١)] ، فإذا لم يوقع القاضى الأمر الصادر منه على العريضة ، فإنه يكون باطلاً ، ولا يكون له أى أثر قانونى [(٢)].

٥- كما يجب على القاضى أن يبين فى أمره ما أمر بأدائه صراحة ، فيبين مثلاً ، المبلغ الواجب أداؤه من أصل وفوائد ، وما أمر بأدائه من منقول حسب الأحوال ، وكذا المصاريف " المادة ٣/٢٠٣ مرافعات مصرى " . وذلك حتى يتحدد موضوع الأداء الواجب على المدين ، فإذا لم يذكر القاضى صراحة فى أمر الأداء ما أمر بأدائه ، فإن الأمر بالأداء الصادر يكون باطلاً [(٣)].

٦ - كما يجب أن يتضمن الأمر الصادر بالأداء إسم المدين الصادر ضده الأمر ومحل إقامته ، فإذاوقع نقص أو خطأ ليس من شأنه التشكيك فى صحة المدين الصادر ضده الأمر ، فلا يترتب ثمة بطلان [(٤)]

ولا يلزم القاضى بتسبيب أمر الأداء ، فليس فى القانون ما يلزمه بذلك إعتباراً بأن إصدار الأمر يعنى الموافقة على وقائع الطلب وأسانيده المبينة فى

== فلا يلزم ذكر هذا البيان ، لأن القرار فى هذه الحالة هو أمراً على عريضة يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون - راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ - ص ٢٣٥.

(١) سواءً كان بالإيجاب ، أى بأمر الأداء ، أو بالرفض مع تحديد جلسة - عبدالحميد منشاوى أوامر الأداء - ص ٨٢.

ويكون توقيع القاضى على آخر العريضة ، فإذا تعددت أوراقها ، فإن التوقيع يرد على آخرها ، ولايلزم التوقيع على كل ورقة. أحمد أبوالوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ط٦ ٦٨٥ ، حيث أشار سيادته إلى حكم نقض مدنى مصرى ١٩٧٨/٢/٢٨ فى الطعن رقم ٧٥٤ لسنة ٤٢ق.

(٢) أنظر : فتحى عبدالصبور - المجموعة الرسمية - السنة٦١-٢-ص ٥٤١. ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٣.

(٣) أنظر : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ٧٧ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ١١٥ - ص ١٩٣ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٣ - ص ٨٧١ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٢.

(٤) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٩/٢/٤ فى الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٣٥ ق - مشاراًإليه فى مرجع : عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨٢ فى الهامش رقم (١).

العريضة ، فتعتبر هذه أسباباً للأمر [١].

ومن ناحية أخرى ، فإنه وعـملاً بنص المادة ٣/٢٠٣ مرافعـات مصرى فإنه يجب على القاضى أن يصدر أمره على إحدى نسختى العريضة خلال ثلاثة أيام على الأكثـر من تاريخ تقـديمهـا [٢]، ويعد هذا الميعـاد من المـواعيـد التنظيمية ، التى لا يترتب على مخالفتها سقوط أو بطلان [٣].

ثانياً: الإمتناع عن إصدار الأمر وتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة[٤] :

تنص المـادة ٢٠٤ من قـانون المـرافعـات المـصرى على أنه :" إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب إلى كل طلبـاته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر

---

(١) أنظر : فتحى والى – الوسيط – بند ٤٢٣ – ص ٨٧٢ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة ص ١٦١ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء – بند ٥٣ – ص ٩٠ ، عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٨٤.

ولا يلزم القاضى بتسبيب القرار الصادر منه فى طلب الأداء . وتنطبق هذه القاعدة سواءً كان قراره بإجابة الطالبة إلى طلبه ، أو كان برفض طلبه. راجع حكم محكمة إستئناف القاهرة ٣٠ يونيو ١٩٥٩ – المجموعة الرسمية لسنة ٥٧ العدد ٣ ، ٤ رقم ٦ ، وراجع أيضاً : نقض مدنى مصرى ، جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠. الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٤٠ ق . مشـار لهـذين الحكمـين فى مـؤلف – عبدالحميد منشاوى – أوامر الأداء ص ٨٤.

(٢) ورغم أن المادة ٣/٢٠٣ مرافعات مصرى التى تحدد هذا الميعاد لإصدار أمر الأداء ، فإنه من المقرر أن القاضى يلتزم به ، ولو قدر عدم إصداره. رمزى سيف – الوسيط – بند ٥٦٨–ص٧٤٢ عبدالحميد وشاحى – أوامر الأداء – بند ٦١ ص ٧٩.

(٣) فـهو من المواعيـد التنظيمـيـة المـتعلقـة بتنظيم سلطة القاضى ، ولايتـعلق بحق إجرائى لأحد الخصوم. أنظر : رمزى : سيف – الوسيط – بند ٦٠٥ ص ٧٤٠ ، عبدالحميد وشاحى – أوامر الأداء – ١٩٥٨ – بند ٦١ ، عبـدالباسط جميـعى – مبادئ – ص ٣١٧ ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ١١٧ ، فـتـحى والى – الوسـيط – بند ٤١٣ ، ص ٨٧٠ ، عـز الدين الدناصـورى وحامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – طبعة ١٩٨٢ – ص ٥٥٥ ، عبدالحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٨٤ والأحكام المشار إليها فى هذا الصدد.

(٤) فى تفـصـيل ذلك. راجع : رمـزى سيـف – الوسـيط – بند ٥٦٧ ص ٧٣٨ ومـابعـدها ، فـتـحى عبدالصبور – البطلان وأوامر الأداء – المقالة – ص ١١٩٩ ومابعدها ، عبـدالحميـد وشاحى أوامر الأداء – بند ٦٥ ومايليه ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ – ط ٨ ===

وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها.

ولا يعتبر رفض شمول الأمر بالنفاذ المعجل رفضاً لبعض الطلبات فى حكم الفقرة السابقة ".

ومفاذ النص السابق ، أن القاضى إذا رأى موجباً للرفض ، فإنه يمتنع عن إصدار الأمر بالأداء ، ويحدد جلسة لنظر الموضوع أمام المحكمة ، ويُكلف الدائن بإعلان المدين إليها ، وبذلك تتحول المطالبة القضائية إلى دعوى عادية دون دفع رسوم جديدة [١].

فالقاضى الآمر إذا رأى أن يجيب الطالب إلى بعض طلباته ، وأن يرفض البعض الآخر [٢] ، كما إذا وجد أن الدين ثابتاً فى جزء منه ، وغير محقق فى

= ص ١٦٧ ومابعدها ، ط ١٠ ، ١٩٩١ ، بند ٨٧م (٦) ص ١٨٦ ومابعدها ، وجدى راغب-مبادئ ص ٧١٥ ومابعدها ، الموجز - ص ٤٧٨ ومابعدها ، التنفيذ القضائى - ص ١٦٤ ومابعدها ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٣٩٦ ومابعدها ، أحمد مسلم - أصول المرافعات بند ٦١٩ ص ٦٦٥ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ - ص ١٦٩ ومابعدها ، ط٣ - ١٩٨٤ - ص ١٩٥ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٣ - ص ٢٧١ ومابعدها ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى - بند ٩٩ - ص ١٩٨ ومابعدها ، أحمدماهر زغلول - أعمال القاضى التى تحوز الحجية - ص ٣٢٩ ومابعدها ، الموجز - ص ٤٧٨ ومابعدها ، أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٤ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ٦١ وما بعدها ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٧٦ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٦٥ ومابعدها.

(١) أنظر : عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٨٠ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٦١.

(٢) على أنه إستثناءً من ذلك ، قد يمتنع القاضى عن إصدار أمر الأداء المطلوب رغم اقتناعه بكل طلبات الدائن ، ويحدث هذا إذا كان الطلب قد سبقه أمراً بتوقيع الحجز التحفظى ، وحدث تظلماً من هذا الأمر لسبب يتصل بالحق الموضوعى ، فإنه وفقاً للمادة ٣/٢٠١ مرافعات مصرى ، فإن القاضى يمتنع عليه إصدار الأمر. راجع : رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٦٧ ص ٧٤١ . وفى بيان علة ذلك : راجع: فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٢٣ - ص ٨٧١ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى ١٩٨٦/١/٨ فى الطعن رقم ٦٣٣ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٦٩/٥/٦ س ٢٠ ، ص ٧٣٢.

جزئه الآخر [١] ، أو إذا وجد أن أحد الطلبات لا يتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون ، كما إذا لم يوقع على العريضة محام ، وذلك وفقاً لما نص عليه قانون المحاماه ، أو لم يتم تكليف المدين بالوفاء ، أو وجد أنه غير مختص بالطلب، كما لو كان القاضى غير مختص إختصاصاً متعلقاً بوظيفة الجهة التابع هو لها ، أو أن إجراءات الطلب لم تراع ، أو أنه لا صفة للمدينالمطلوب صدور الأمر فى مواجهته ، أو إذا كانت العريضة المقدمة تُجهل بالمدين ، أو لم يُرفق سند الدين الموقع عليه من المدين [٢]، فإنه – أى القاضى الآمر – إذا امتنع عن إصدار الأمر لأى سبب ، سواءً لتخلف أحد شروط الإختصاص ، أو لتخلف أحد الشروط الموضوعية فى الحق موضوع أمر الأداء ، فإنه يتعين عليه ، وعملاً بنص المادة ٢٠٤ مرافعات مصري تحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها [٣] ، ويستوى أن

(١) أنظر : مصطفى هرجة – أوامر الأداء – بند ٥٥ ص ٩٢.

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ – ص ١٨٨ ، فتحى والى – الوسيط – بند ٤٢٣– ص ٨٧٢.

(٣) فيعنى هذا إطلاق هذا الحكم وتطبيقه على كل حالات الإمتناع أيا كان السبب فيها " عدم الإختصاص – عيب شكلى فى الإجراءات – عدم توافر شروط الحق الموضوعى " . وهذا هو الرأى الراجح فقهاً. راجع : رمزى سيف – الوسيط – بند ٥٦٧ – ص ٧٣٨ ، ٧٣٩ ، عبدالحميد وشاحى – أوامر الأداء – بند ٦٦ – ص ٨١ ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ – ط١٠ ١٩٩١ – بند ٨٥ ص ١٦٤ ومابعدها ، بند ٨٧م (٦) ص ١٨٦ ، ١٨٧ ، فتحى والى – الوسيط بند ٤٢٣ ص ٨٧٢ ، عبدالباسط جميعى – مبادئ – ص ٣٩٦ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء ص ٩٤ ، عبدالحميد منشاوى – ص ٧٦، وهذا الإتجاه هو ما تتبعه المحاكم فى جميع أحوال عدم إجابة الدائن إلى طلبه ، وذلك بقصد التيسير ، وحتى لا يتحمل الدائن مصاريف دعوى جديدة – راجع : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٩/٣/٧ فى الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٤٠ ق. وإن كان هناك من يرى قصر هذا الحكم " أى الإمتناع عن إصدار الأمر وتحديد جلسة " ، على حالة الإمتناع الناجمة عن تخلف شروط قبول الطلب، وهى المصلحة والصفة ، أما غير ذلك من الأسباب ، فإن القاضى لا يحدد جلسة ، وللدائن تجديد طلبه بعد استيفاء ما ينقصه – راجع فى هذا الرأى : فتحى عبدالصبور – البطلان وأوامر الأداء – المقالة – ص ١١٩٩ ، أحمد مسلم – أصول المرافعات – ص ٦٦٥ ، وجدى راغب – الموجز – ص ٤٧٨ ، مبادئ – ص ٧١٥ ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ١٢٢ – ص ٢١٤.

وفى استعراض هذا الرأى . راجع : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز الحجية ==

يكون تخلف الشروط الموضوعية فى الحق بأكمله ، أو فى جزء منه ، وهذا هو ماتتبعه المحاكم فى جميع أحوال عدم إجابة الدائن إلى طلبه ، وذلك بقصد التيسير ، وحتى لا يتحمل الدائن مصاريف دعوى جديدة (١).

== - ص ٣٢٩ (الهامش) ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٧٦ ومابعدها، السيد تمام الأوامر والأحكام وطرق الطعن - ص ٤٩ ، ٥٠ . ويرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا يعد إعمالا لنصوص القانون ، ويمنع التحايل على الصفة الإجبارية لطريق أوامر الأداء لاستيفاء الحقوق الثابتة بالكتابة ، إذ أن القاضى برفضه إصدار أمر الأداء دون تحديد جلسة ، يمنع عرض النزاع أمام المحكمة لتفصل فيه بالطريق العادى ، فيتحقق بهذا الغرض الذى يقصده المشرع من نظام أوامر الأداء ، واتباع طريقه كلما كان الحق المطلوب مما تتوافر فيه شروطه. ولهذا يكون على الدائن - حتى يستوفى حقه - أن يتقدم بالطلب مرة أخرى أمام القاضى المختص بإصداره . راجع فى ذلك - أمينة النمر - أوامر الأداء - ص ١٩٨ . غير أن أنصار هذا الرأى قد اختلفوا فيما بينهم حول إطلاق الحكم الخاص بأن قرار القاضى الآمر يكون قراراً بالرفض فى جميع حالات عدم إختصاص القاضى المعروض عليه طلب الأداء، أو عدم إطلاقه ، فجانب من هذا الفقه يرى إطلاق هذا الحكم ، بحيث أن إمتناع القاضى الذى يقترن به الإلتزام بتحديد جلسة يكون قاصراً فقط على الحالة التى يتخلف فيها أحد الشروط الموضوعية فى موضوع أمر الأداء ، أما إمتناع القاضى الذى يكون مرجعه غير ذلك من الأسباب "الإختصاص - المسائل الشكلية - والإجرائية" ، فإن القاضى يرفض إصدار الأمر دون تحديد جلسة ، وذلك فى جميع حالات عدم الإختصاص ، ودون تمييز بين ما إذا كان الإختصاص متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به. راجع فى هذا : فتحى عبدالصبور - البطلان وأوامر الأداء - المقالة - ص ٥٤٢ ، رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٣٥ ، أحمد مسلم - أصول - بند ٦١٩ ص ٦٥٨ ، وجدى راغب - مبادئ - ص ٧١٥ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٣ - ص ٨٧٢ ، وجانب آخر من الفقه لا يسلم بالرأى المتقدم على إطلاقه فيما ذهب إليه من أن القرار الصادر فى حالات عدم الإختصاص للقاضى المعروض عليه طلب الأداء ، وإنما يميز بين ما إذا كانت الشروط الموضوعية اللازمة لإصدار أمر الأداء متوافرة أو غير متوافرة ، وبين ما إذا كان الإختصاص متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به . راجع فى هذا الرأى : أمينة النمر - أوامر الأداء - ص ١٩٨. وفى استعراض هذه التصورات ، راجع : أحمد ماهى زغلول - أعمال القاضى التى تحوز الحجية وضوابط حجيتها - ص ٣٢٩ "الهامش" أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٤ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٧٦ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٦٥ ومابعدها.

(١) أنظر: أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ١٦٧ ، وأنظر أيضا : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٧٩/٣/٧ فى الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٤٠ ق . وإذا حدث وأخطأ القاضى وأصدر قراراً بالرفض أو بعدم القبول ، ولم يحدد جلسة أمام المحكمة ، فإن للدائن أن يطلب من القاضى تحديد ==

وعلى القاضى بعد تحديد جلسة أمام المحكمة أن يُكلف الدائن بإعلان خصمه إلى هذه الجلسة ، وعلى الدائن إعلان المدين بصورة من صحيفة الدعوى ويجب مراعاة التكليف بالحضور عندئذ ، كما يجب أن يتم الإعلان بصحيفة الدعوى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها لقلم كتاب المحكمة المختصة وذلك تطبيقاً لنص المادة ٧٠ مرافعات مصرى ، وإلا جاز اعتبار الدعوى كأن لم تكن[١] ، وعلى المحكمة أن تنظر الدعوى وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة للدعوى العادية المبتدأة[٢] ، دون نظر إلى إجراءات طلب أمر الأداء التى انتهت بالإمتناع عن إصدار الأمر [٣] .

وتعتبر الإجراءات أمام المحكمة مرحلة من نفس الخصومة التى انتهت المرحلة الأولى منها بقرار الإحالة إلى المحكمة ، ولهذا فإن آثار المطالبة القضائية التى ترتبت على تقديم عريضة أمر الأداء تظل سارية[٤].

ويلاحظ أن المادة ٢/٢٠٤ مرافعات مصرى قد نصت على أنه: " ...

= هذه الجلسة إستكمالاً لمهمته، وذلك من خلال عرض الأمر عليه مرة أخرى ، ولا يكون لقراره بالرفض ، سواءً صدر مع تحديد جلسة، أو دون تحديدها ، أى قيمة ، كقرار تقريراً سلبياً ، كما لا يكون له حجية الأمر المقضى ، ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق. راجع فى ذلك : فتحى والى مبادئ - ص ٩٠٢ ، الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٣ ص ٨٧٢ ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى - بند ٩٩ ص ١٩٨ . **عكس هذا** : رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٦٧ ص ٥٤٠ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ - ص ١٧٨ ومابعدها ، حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن للدائن التظلم من قرار القاضى الآمر فى هذا الصدد باعتباره أمراً على عريضة.

(١) راجع : نقض إيجارات - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٤٦ ق. مشاراً لهذا الحكم فى مرجع : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٣ - ص ٨٧٣ - الهامش رقم (١).

(٢) راجع : نقض ١٩٨٩/٥/١٤ فى الطعن رقم ٩١٦ لسنة ٥٤ قضائية. ١٩٨٦/١/٨ فى الطعن رقم ٦٣٣ لسنة ٥٢ قضائية . ١٩٦٩/٥/٦ لسنة ٢٠ ص ٧٣٢.

(٣) أنظر : فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٣ - ص ٨٧٣ - الهامش رقم (٢) ، حيث أشار سيادته إلى حكم نقض تجارى الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٨٨ فى الطعن رقم ٣٣٣ - لسنة ٤٥ ق.

(٤) راجع : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤٢٣ ص ٨٧٣ .

ولايعتبر رفض شمول الأمر بالنفاذ المعجل رفضاً لبعض الطلبات فى حكم الفقرة السابقة ".

ومفاذ ذلك النص ، أن المشرع قد تبين له من الإستقراء العملى ، أن معظم طلبات أوامر الأداء تشتمل على طلب النفاذ المعجل ، وقد لا يكون له محلاً فيرفضه القاضى ، ويؤدى ذلك إلى رفض إصدار الأمر كلية ، وتحديد جلسة لنظر الموضوع ، وبالتالى سيمتنع على القاضى فى هذا الفرض إصدار أى أمراً بالأداء ، لهذا فقد نص على أن رفض طلب النفاذ المعجل لا يعتبر رفضاً لبعض الطلبات ، فيجوز بالتالى للقاضى أن يصدر أمراً بالأداء بباقى الطلبات لأن طلب النفاذ المعجل لا يحسب من بينها ، بل هو مجرد زائدة (١) . إلا أن رفض إجابة الطالب إلى الفوائد يندرج ضمن عدم إجابة الطالب إلى كل طلباته ومن ثم ، فإنه إذا طلب الدائن مبلغ الدين وفوائده ، ورأى القاضى عدم إجابته إلى طلب الفوائد ، فإنه يمتنع عليه فى هذه الحالة إصدار الأمر بالأداء ، ويتعين عليه تحديد جلسة لنظر الموضوع أمام المحكمة ، مع تكليف الطالب إعلان خصمه إليها ، وذلك لأن طلب الفوائد هو من الطلبات الموضوعية التى يستهدفها الدائن ، وفى رفضه ما يعتبر عدم إجابة الطالبة إلى كل طلباته (٢).

إعلان أمر الأداء وسقوطه : (٣)

تنص المادة ٢٠٥ مرافعات مصرى على أنه: " يعلن المدين لشخصه أو

---

(١) أنظر : عبدالباسط جميعى : مبادئ المرافعات - ص ٣٩٧ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٣ ص ٨٧١، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٣ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٨١ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى ١٩٦٩/٥/٦ - المجموعة ٢٠ - ٧٣٢.

وطلب شمول الأمر بالنفاذ المعجل يخضع لتقدير القاضى ، ويعمل فى شأنه القواعد العامة فى النفاذ ، والتى تطبق على الأحكام - راجع : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ١٦٧ - الهامش رقم (١).

(٢) راجع : مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ٩٧.

(٣) فى دراسة ذلك بالتفصيل. راجع : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ - ١٩٩١ بند ٨٧ ص ١٦٩ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ - بند ٣٣ ومايليه ==

فى موطنه بالعريضة وبالأمر الصادر ضده بالأداء.

وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء كأن لم يكن إذا لم يتم إعلانها للمدين خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر ".

ومفاد النص المتقدم ، أنه فى حالة صدور أمر الأداء ، فإن على الطالب أن يقوم بإعلان المدين بالعريضة ، وعليها صورة أمر الأداء بورقة محضرين وفقاً للقواعد العامة لشخصه أو فى موطنه الأصلى ، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر ، وإلا اعتبرت العريضة والأمر الصادر عليها كأن لم تكن حتى لا يبقى أمر الأداء قضاءً مسلطاً على المدين [١] .

وإذا ما قام الدائن بإعلان الأمر الصادر دون العريضة أو إعلان العريضة دون الأمر ، فإنه يجوز له القيام بإعلان لاحق يعلن به المدين بما لم يتم إعلانه منهما ، وذلك عملاً بقاعدة تصحيح الإجراء أو الباطل بتصحيح واستكماله ، بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد الذى حدده قانون المرافعات للإعلان" المادة ٢٠٥ مرافعات مصرى " [٢]. وعدم الإعلان للعريضة والأمر

= ص ٢٣٨ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٤ ص ٨٧٣ ، ٨٧٤ ، مصطفى هرجة أوامر الأداء - بند ٦٣ ومايليه ص ٩٩ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٧٠ ومابعدها.

(١) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ٤٩٥ ص ٦٧٣ ، ولا يكفى إعلان المدين بأمر الأداء الصادر ضده دون إعلانه بالعريضة ، وإنما يجب أن يتم الإعلان بالعريضة ، والأمر الصادر عليها معاً وإلا كان الإعلان باطلاً ، لأن كل منهما مكملاً للآخر ، كما أن إعلان المدين بالعريضة يمكنه رفع تظلماً ضد الأمر الصادر عليه ، لأن القانون يشترط أن يكون التظلم من أمر الأداء مسبباً وإلا كان باطلاً . أنظر فى هذا : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ٨٤ ص ١١٤ ، رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٤٤ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٣١٩ ، فتحى والى - مبادئ - بند ٤٠١ - ص ٦٩٧ ، الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٤ - ص ٨٧٣ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١٠٠.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى جواز إعلان كل منهما " أى الأمر الصادر بالأداء والعريضة المقدمة لاستصدار الأمر عليها " على حدة ، وذلك متى تم الإعلان فى الميعاد - أنظر فى هذا الرأى:محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٩١.

(٢) أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ - بند ١٣٦ - ص ٢٤٦.

الصادر عليها بالأداء فى الميعاد المحدد قانوناً لا يؤدى فقط إلى سقوط الأمر ، وإنما يؤدى إلى سـقوط العـريضة ، وما يترتب على المطالبة القضائية من آثار [(١)]. ويتم هذا السقوط بقوة القانون بمجرد إنقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر بالأداء ، دون إعلان العريضة والأمر الصادر عليها [(٢)] ، ولهذا فإن آثار العريضة والأمر تزول من هذا الوقت ، على أن هذا السقوط يجب التمسك به من المدين ، فليس للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها[(٣)] ، ويجوز للمدين أن يتمسك به عند الطعن فى الأمر فى صحيفته باعتباره دفعاً شكلياً [(٤)] ، أو عند رفعه منازعة فى تنفيذه ، أو بطريق الدفع فى دعوى ترفع إستناداً إلى الأمر، أو بطريق رفع دعوى تقرير سلبية بالإجراءات العادية [(٥)] ، وللمدين النزول عن التمسك بالسقوط ، وقد يتم هذا النزول صراحة أو ضمناً ، كما لو قام بتنفيذ الأمر دون أن يكون مجبراً على ذلك .

---

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٤٤ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات- ص٣١٩.

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ١٩٩٣ - بند ٤٢٤ ص ٨٧٣.

(٣) فهذا الجزاء المترتب على عدم إعلان العريضة والأمر الصادر عليها إلى المدين خلال الميعاد يكون مقرراً لمصلحة المدين ، وليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. راجع فى هذا المعنى : نقض مدنى مصرى ١٩٨٣/١١/١٥ فى الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٠ قضائية ١٩٧٧/٥/١٦ لسنة ٢٨ ص ١٢٢٠ ، ١٩٧٥/٥/١٦ فى الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٤ ق.

(٤) أنظر : ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند ٨٧ ص ١٧٤، وجدى راغب - مبادئ - ص ٧١٦ .

(٥) أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ - بند ١١٩ - ص ٢٠٥. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه يكون للمدين أن يرفع دعوى أصلية بطلب بطلان أمر الأداء واعتباره كأن لم يكن لعدم الإعلان خلال الميعاد ، وذلك لزوال ما كان للأمر من حجية كانت تحول دون رفع هذه الدعوى - راجع فى هذا : أمينة النمر - أوامر الأداء ط٢ - ١٩٧٤ - ص ٢٧٧ ، إلا أنه قد يغنى عن ذلك التظلم من الأمر ، والتمسك فى صحيفة التظلم باعتبار العريضة والأمر الصادر عليها كأن لم تكن ، لعدم إعلانها خلال ثلاثة أشهر ، أو الإستشكال فى أمر الأداء ، وذلك تأسيساً على أنه قد سقط بعدم إعلانه فى الميعاد المقرر قانوناً . مصطفى هرجة - أوامر الأداء ص ١٠٣.

وإذا سقط أمر الأداء ، فإن هذا السقوط لا يمنع الدائن من استصدار أمر أداء جديد ، مادام حقه فى الدعوى ما زال قائماً ، ويجب عليه عندئذ أن يتقدم بعريضة جديدة ، وأن يدفع عنها رسوماً جديدة [(١)] ، كما أن هذا السقوط لايلحق الإجراءات السابقة على تقديم عريضة الأداء ، فيبقى أثر تكليف المدين بالوفاء قائماً ، وذلك لاستقلال التكليف بالوفاء عن العريضة ذاتها [(٢)].

مراجعة أمر الأداء من القاضى الذى أصدره لتصحيحه وتوضيحه وإكماله[(٣)]:

يثور التساؤل حول تحديد قواعد المراجعة التى تطبق فى خصوص أوامر الأداء ، أى مراجعة أمر الأداء لتصحيحه وتوضيحه وإكماله ، وهل تخضع لقواعد المراجعة الخاصة بالأحكام القضائية ، والمنصوص عليها فى المواد ١٩١ - ١٩٣ من مجموعة المرافعات المصرية ، أو المواد ٤٦١ ، ٣/٤٨١ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة [(٤)] ، أم على العكس من ذلك ، يسرى بشأنها ما يسرى على الأوامر على عرائض من قواعد فى هذا الصدد ؟ [(٥)]

إن الإستناد إلى عنصر الشكل وحده بخصوص أوامر الأداء ، يُرجح إعمال القواعد المطبقة فى خصوص مراجعة الأوامر على عرائض ، فالقاضى يملك مراجعة ما يصدره من أوامر على عرائض ، لأنه لايستنفد سلطته بإصداره لها

---

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٤٢ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٣١٩ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤٢٣، ٤٢٤ - ص ٨٧٤ ومابعدها.

(٢) راجع : نقض مدنى مصرى ١٩٧١/٦/٢٤ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٢ ص ٨١٨.

(٣) فى تفصيل ذلك راجع : المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٩٤ ومابعدها.

(٤) فى بيان القواعد الخاصة بمراجعة الأحكام القضائية لتصحيحها وتوضيحها وإكمالها. راجع:أحمد ماهر زغلول : مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ - الرسالة الدولية للطبعة والإعلان - عين شمس - القاهرة .

(٥) فى بيان القواعد الخاصة بمراجعة الأوامر على العرائض . راجع ماسبق ص٦٦ ومابعدها ، المؤلف الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات - ص ١٧٥ ومابعدها.

ويحول المضمون التأكيدى لأمر الأداء دون خضوعه لهذه القواعد . ففى أمر الأداء يصدر القاضى قضاءً قطعياً ملزماً ، يحوز الحجية ويستنفد سلطته بمجرد إصداره للأمر ، وينفى ذلك عن القاضى مكنة المساس بأمره فى غير الحالات التى يأذن له بها القانون على أى وجه من الوجوه (١).

ويُرجح الإستناد إلى عنصر المضمون فى أوامر الأداء المقاربة بين أمر الأداء والأحكام القضائية ، فهو يتضمن قضاءً بإلزام يستنفد سلطة القاضى ويحوز حجية الأمر المقضى ، كما يحوز القوة التنفيذية تماماً كالحكم القضائى الذى يصدر فى دعوى إلزام ، ويؤدى هذا التقارب إلى إعمال قواعد مراجعة الأحكام القضائية على أوامر الأداء ، فيكون للقاضى الذى أصدر الأمر مكنة مراجعته لتصحيحه وتوضيحه وإكمال ما غفل عن الفصل فيه (٢).

ولكن إعمال نظام المراجعة الخاص بالأحكام القضائية بالنسبة لأوامر الأداء، لا يستقيم فنياً مع خصائص نظام أوامر الأداء ، وذلك لأن أمر الأداء يظل شكلاً ومنهجاً متميزاً عن الحكم القضائى ، لا يختلط معه أو يمتزج به ، ونتيجة لذلك ، فلا تطبق بشأنه القواعد القانونية الخاصة بمراجعة الحكم القضائى، وبالتالى فالقاضى في حالة مباشرته لنشاطه القضائى فى شكل أمر الأداء لا يملك بعد إصداره الأمر مراجعته لتصحيحه وتفسيره وإكماله ، وذلك لتلاشى صفته واستنفاده لسلطته بمجرد إصداره للأمر ، ولا يمكنه المساس به إلا على النحو الذى يقرره القانون (٣).

---

(١) أنظر فى هذا : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٦٢ ص ١١٦.

(٢) أنظر : أحمد ماهر - المرجع السابق - بند ٦٢ - ص ١١٦ ، ١١٧. عكس هذا : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ١٨٩ . حيث يرى سيادته أنه لا يتصور أن يطلب تفسير أمر الأداء أو تصحيحه ، علي نحو ماهو متبع بالنسبة للأحكام القضائية.

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٦٣ - ص ١١٧، ١١٨ .

ونتيجة لذلك ، فإنه وفى سبيل تحديد الوسيلة التى يجب إعمالها لمعالجة الأخطاء ووجوه القصور التى قد تشوب أمر الأداء ، سواءً كانت أخطاءً مادية ، أو إغفالاً عن البت فى بعض الطلبات التى تضمنتها العريضة ، فإنه قد ذهب جانب من الفقه [١] وبحق ، إلى أنه ينبغى التمييز بين الطالب ومن صدر عليه الأمر.

فتتحدد هذه الوسيلة بالنسبة للمدين الذى صدر عليه الأمر فى طرق الطعن التى يتيح له القانون ممارستها ضد الأمر بالأداء الصادر " التظلم والإستئناف طبقاً للنظام المنصوص عليه فى المادتين ٢٠٦ ، ٢٠٧ من قانون المرافعات المصرى" ، باعتبار أن الطعن هو الطريق العام المتاح لمراجعة قرارات القضاء الذى يتعين ولوجه فى الحالات التى لا يقرر فيها المشرع نظاماً خاصاً للمراجعة.

أما الدائن " الطالب " ، فتختلف الوسيلة التى يمكن أن يلجأ إليها بحسب الأحوال ، فإذا كان الخطأ الذى يشوب الأمر يتمثل فى إغفال غير عمدى عن البت فى الطلبات التى تضمنتها العريضة ، فإنه يملك اللجوء إلى القاضى مجدداً بعريضة ثانية ، وذلك لكى يقضى بأمر ثان فى الطلبات التى أغفلها الأمر الأول ولا يمكن الإحتجاج بحجية الأمر الأول ، لأن الحجية لا تلحق إلا ما فصل فيه القاضى من مسائل ، والفرض أن القاضى لم يعرض للمسألة أو المسائل التى أغفلها ولم يفصل فيها [٢].

وفى حالة الخطأ المادى ، فإنه ونظراً لأن الدائن لا يستطيع الطعن فى الأمر بالطرق التى تقررها المادة ٢٠٦ مرافعات مصرى ، لأنه من المكنات

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول : مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٦٤ - ص ١١٨ ومابعدها.

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق - بند ٦٤ ، ص ١١٩.

المقررة للمدين الصادر ضده الأمر فقط ، فإنه لا توجد وسيلة أمام الدائن لتصحيح هذا الخطأ ، إلا التظلم من الأمر إلى القاضى الآمر نفسه ، وذلك وفقاً لقواعد التظلم من الأوامر على عرائض [١].

وفيما يتعلق بتفسير أمر الأداء ، فإن المحكمة التى يتمسك أمامها بالأمر فى خصوص منازعة أو مسألة معروضة عليها تملك سلطة تفسيره ، وتحديد مضمون القضاء فيه [٢].

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول : الإشارة المتقدمة.

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الإشارة المتقدمة.

الفصل الخامس

تنفيذ أوامر الأداء (١)

إذا كانت القاعدة أن القوة التنفيذية لعمل القاضي ترتبط بمضمون هذا العمل أو بطبيعته ، فإن أوامر الأداء باعتبارها من أعمال الحماية القضائية التأكيدية التى تتضمن قضاءً بإلزام ، فهى تقضى بقضاء قطعى ملزم بأداء إلزام بعد أن تأكد وجوده ، واستناداً إلى هذا المضمون ، فإنها تحوز ذات القوة

---

(١) فى دراسة القوة التنفيذية لأمر الأداء. راجع :

J.J.TAICNE , La réforme du procédure d'injonction de payer , D . 1981. Chron . 319 . VINCENT et GUINCHARD : op . cit . no 585 et s ; COUCHEZ , op . cit , no . 291 , p . 301 , 302.

وفى القانون الفرنسى يخضع أمر الأداء فى تحديد قوته التنفذية لمجموعة من القواعد الخاصة . وفى إعمال هذه القواعد ، فإنه يجب التمييز بين إنقضاء حق المعارضة فى الأمر " وهو طريق الطعن الوحيد المتاح ضده " ، وبين عدم إنقضاء هذا الحق وممارسته بالفعل ، فإذا انقضى حق المعارضة ، سواءً لعدم ممارستها فى الميعاد أو لقبول الخصم وتنازله عنها ، يحوز الأمر القوة التنفيذية ، وتوضع عليه الصيغة التنفيذية إذا طلب الدائن ذلك فى ميعاد محدد ، ترتب مخالفته إعتبار الأمر كأن لم يكن. non avenue " المواد ١٤٢٢ ، ١٤٢٣ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة " ، أما إذا رفعت المعارضة ، فإن الحكم الصادر فى الموضوع يحل بصريح نص المادة ١٤٢٠ محل أمر الأداء ، وفى هذه الحالة ، فإنه يخضع للقواعد العامة فى تنفيذ الأحكام. وأنظر أيضاً فى دراسة القوة التنفيذية لأمر الأداء : فتحى عبدالصبور - أوامر الأداء "طبيعتها وطرق الطعن فيها " - ص ١١٩٩ ومابعدها ، عبدالباسط جميعى ، مبادئ المرافعات - طبعة سنة ١٩٨٠ - ص ٤٠٥ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٦ - ص ١٦٧ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى - الرسالة -ص ٦٥٨ ومابعدها - مبادئ الخصومة المدنية - ص ٧١٠ ومابعدها ، التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ ص ١٤٤ ، ١٤٥ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ١١ ، ص ٢٠ ، ٢١ ، محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٨٤ ، محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى ١٩٨٣ - دار الفكر العربى - ص ١٠٦ ، ١٢٥ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٥٣ ص ١٠٥ ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - بند ٦١ ص ١١٥ - الهامش رقم (٣) ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - بند ٦٢ - ص ٨٦ ومايليها ، أصول التنفيذ - ط٤ ، ١٩٩٧ - بند ١٥١ ومايليه- ص ٢٨٥ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية ص ٢٧٢ ، ٢٧٣.

التنفيذية لهذه الأعمال. فهى تخضع من حيث تنفيذها للقواعد التى تطبق على أحكام الإلزام الموضوعية ، وتعد بذلك من السندات القابلة للتنفيذ الجبرى[١]. وسند ذلك ، ما تقرره المادة ٢٠٩ مرافعات مصرى من أنه :" تسرى على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال التى يبينها القانون ".

فأمر الأداء لايقبل التنفيذ الجبرى إلا إذا زالت مكنة الطعن فيه ، سواءً كان ذلك باستنفاد طرق الطعن ، أو بفوات مواعيدها ، إلا أنه يقبل التنفيذ الجبرى حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه ، وذلك إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل. وهو يشمل بالنفاذ المعجل بقوة القانون إذا كان صادراً فى مادة تجارية " المادة ٢٨٩ مرافعات مصرى ". أما فى غير ذلك من المواد ، فإن الأمر يعود إلى السلطة التقديرية للقاضى الذى يملك أن يشمله بالتنفيذ المعجل القضائى الجوازى ، وذلك إذا قدر توافر شروطه طبقاً للمادة ٢٩٠ مرافعات مصرى [٢] ، وإن كانت خصائص ومفترضات أمر الأداء من حيث صدوره فى غيبة الخصم

---

(١) ومع تمتع الأمر بالأداء بالقوة التنفيذية ، يجب التركيز على أمرين ، وهما : أولاً : تحصين السند من الجدل حوله. نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٤/٢/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - الطعن رقم ٣١٩ س ٣٨ ق - ص ٣٢٧ . ثانياً : نهائية الحكم بعدم التظلم لا يحول دون رفع . اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو النظام الذى كان معمولاً به فى قانون المرافعات المصرى الملغى دون القانون الحالى. نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - الطعن رقم ٣٥٩ س ٣٨ ق - ص ٥٥٦. وفى تنفصيل ذلك . راجع محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ- ص ١٢٥ ومابعدها.

وفى بيان قواعد التنفيذ التى تطبق على أحكام الإلزام الموضوعية . راجع : أحمد ماهر زغلول أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ٥ ومايليه.

وإذا كان أمر الأداء يتضمن قضاءً بإلزام ، فإنه يكون له ما لأحكام الإلزام من قوة ، فيصلح أداة لاستصدار أمراً بالإختصاص ، وذلك على نحو ما تنص عليه المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى المصرى. راجع فى ذلك : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ -- ١٩٩٧ - بند ١٥١-ص٢٨٥ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى ١٩٦٣/٤/٤ - المجموعة ١٤ - ٤٧٧.

(٢) أنظر وجدى راغب - قواعد التنفيذ القضائى - ص ١٤٤ ، ١٤٥ ، فتحى والى - الوسيط طبعة ١٩٩٣ - ص ١٠٦ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥٢ ص٢٨٧.

تحول دون تطبيق كافة حالات التنفيذ المعجل القضائي التي أوردتها المادة ٢٩٠ مرافعات مصري [١]، حيث لا تنطبق عليها الفقرة الثالثة والرابعة من المادة ٢٩٠ المشار إليها ، والخاصة بإقرار المحكوم عليه بالإلتزام ، أو عدم جحوده لورقة عرفية ، حيث لا يتصور الإقرار والجحود من شخص غائب ، لم يعلن ولم يحضر عند إصدار الأمر بالأداء[٢].

ويختلف حكم الكفالة في النفاذ المعجل لأمر الأداء حسبما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مدنية ، فيجب في المواد التجارية تقديم كفالة ، إلا إذا نص أمر الأداء على الإعفاء منها ، أما في المواد المدنية ، فلا يشترط تقديم الكفالة ، إلا إذا نص الأمر بالأداء عليها [٣]. ويمكن للمحكوم عليه أن ينازع في كفاية الكفالة طبقاً للمادة ٢٩٥ مرافعات مصري [٤].

---

(١) أنظر : فتحي عبدالصبور - أوامر الأداء - المقالة - ص ١١٩٣ ، فتحي والي - الوسيط ص١٠٦ ، وجدي راغب فهمي - قواعد التنفيذ القضائي - ١٩٩٥ - ص ١٤٥ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ- ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥٢ ص ٢٨٧.

(٢) أنظر : : أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ٢٠٢ ، وجدي راغب - قواعد التنفيذ القضائي ص ١٤٥ ، فتحي والي - التنفيذ - ص ١٠٦ ، أحمد ماهر - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ بند ١٥٢ - ص ٢٨٧ . عكس ذلك : فتحي عبدالصبور - أوامر الأداء - المقالة - المجموعة الرسمية - ص ١١٩٣ ، حيث ذهب إلى وجوب عدم إستبعاد هذه الحالات في مجال التنفيذ المعجل القضائي لأوامر الأداء . لأن وجوب إعلان المدين بالتكليف بالوفاء الذي يسبق صدور الأمر بالأداء ، يتيح له مكنة جحود الورقة إذا أراد. فإذا لم يفعل ، تعتبر الورقة غير مجحودة ، ومن ثم يثبت للقاضي سلطة شمول الأمر بالنفاذ المعجل . وأنظر في انتقاد ذلك الرأي : فتحي والي - الوسيط - ص ١٠٦ - الهامش رقم (١).

ويذهب رأي إلى أنه في الأحوال التي يستغنى فيها عن شرط عدم الجحود للورقة العرفية المصدق على التوقيع عليها ، أو صدر الحكم بصحتها ، فإنه يجوز للقاضي شمول الأمر بالتنفيذ المعجل وذلك وفقاً للمادة ٢٩٠/٤ مرافعات مصري. أنظر : فتحي والي - الوسيط - ص ١٠٦ - الهامش رقم (٢).

(٣) أنظر في تفصيل ذلك بالنسبة للأحكام القضائية الموضوعية - أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ٨١.

(٤) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - المرجع السابق - بند ٨٥.

ويملك القاضي بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٤ مرافعات مصري أن يرفض الأمر =

ولا يترتب على التظلم من أمر الأداء أو الطعن فيه بالإستئناف أى أثر بالنسبة لتنفيذه ، ومع ذلك يجوز للمحكمة المرفوع أمامها التظلم أو الإستئناف أن تأمر بوقف النفاذ المعجل بالشروط التى ينص عليها القانون لوقف النفاذ المعجل للأحكام القضائية ، مع الإعتراف لها فى هذه الحالة بسلطة تقديرية فى الأمر بتقديم مائراه من ضمانات " المادة ٢٩٢ مرافعات مصرى " (١)، والحكم الصادر بوقف التنفيذ فى هذه الحالة هو حكماً وقتياً يجوز الطعن فيه مباشرة وعلى استقلال (٢).

= بالنفاذ المعجل لأمر الأداء ، وأن يصدر مع ذلك أمر الأداء الذى لا يجوز تنفيذه ، مادام قابلاً للطعن فيه. ويعتبر هذا إستثناءً لما أوردته الفقرة الأولى من هذه المادة بالنسبة لسلطة القاضى التى توجب عليه الإمتناع عن إصدار الأمر ، وتحديد جلسة لنظر الدعوى ، إذا لم يجب الطالب لكل طلباته .

ويجوز لذوى الشأن التظلم من وصف الأمر بالأداء بالشروط التى حددتها المادة ٢٩١ مرافعات مصرى. فى تفصيل هذه الشروط. راجع : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - المرجع السابق - بند ١١٧ومايليه.

(١) أنظر : وجدى راغب- قواعد التنفيذ الجبرى - ١٩٩٥ - ص ١٤٥ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - المرجع السابق - بند ١٥٣ - ص ٢٨٨ . وفى بيان شروط طلب وقف التنفيذ . راجع : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - بند ٨٧ ومايليه.

(٢) أنظر : أحمد ماهر - أصول التنفيذ - بند ٩٦ . عكس ذلك : إستئناف القاهرة ١٩٦١/٤/٤ المحاماة ٤٢-٧١٨، وقضى بعدم جواز استئنافه إستقلالاً ، لأنه حكماً غير منهجٍ للخصومة القضائية.

الفصل السادس

الطعن فى أوامر الأداء (١)

تنص المادة ٢٠٦ مرافعات مصرى على أنه: " يجوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه ويحصل التظلم أمام محكمة المواد الجزئية أو أمام المحكمة الإبتدائية حسب الأحوال ، وتراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة إفتتاح الدعوى.

ويجب أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً.

ويبدأ ميعاد إستئناف الأمر إن كان قابلاً له من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه أو من تاريخ إعتبار التظلم كأن لم يكن ويسقط الحق فى التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالإستئناف ".

كما تنص المادة ٢٠٧ مرافعات مصرى على أنه: " يعتبر المتظلم فى حكم المدعى وتراعى عند نظر التظلم القواعد والإجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى.

وإذا تخلف المتظلم عن الحضور فى الجلسة الأولى لنظر التظلم تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن ".

ومفاد النصوص المتقدمة ، أنه إذا كان أمر الأداء يصدر دون مواجهة ،

---

(١) فى دراسة الطعن فى أمر الأداء . راجع : عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٤٠٠ ومابعدها أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ - ص٢٠٣ ومابعدها ، ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٧ مكرر (١٠) ص ٢٠١ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٥ - ص ٣٣١ ومابعدها - ط٣ - ١٩٨٤ بند ١٠٢ ومايليه - ص ٢٧٧ ومابعدها ، محمد كمال عبدالعزيز تقنين المرافعات - ص ٣٩٣ ومابعدها ، فتحى والى - مبادئ - ص ٩٠٧ ومابعدها ، الوسيط ١٩٩٣ - بند ٤٢٥ ومايليه ص ٨٧٤ ومابعدها ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة ص١٦٢ ، عبدالمنعم حسني - طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية - ج٢ - ص ١٣٠٤ ومابعدها ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات ص٥٦٢ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٣ ومايليه - ص ١١٩ ومابعدها - المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٧٦ ومابعدها.

فقد حرص القانون على تخويل المدين الصادر فى مواجهته الأمر حق الطعن فى أمر الأداء فى جميع الأحوال ، وبصرف النظر عن قيمة الحق أو نوعه ، فنظم طريقاً خاصاً للطعن فى الأمر ، وأطلق عليه إسم التظلم من أمر الأداء.

ومن ناحية أخرى ، لأن أمر الأداء هو فصلاً فى دعوى إلزام بقبولها ، فقد أخضعه المشرع لما يخضع له حكم الإلزام ، من طعن بالإستئناف إذا كان الأمر بحسب قيمة الحق أو نوعه يقبله ، وبهذا أجاز المشرع للمدين الذى صدر ضده الأمر ، إما أن يطعن فى الأمر بالتظلم ، وإما أن يطعن فيه بالإستئناف ، بمعنى أن المدين يكون بالخيار فى هذا الصدد ، مع ملاحظة أن الحق فى التظلم من الأمر يسقط إذا طعن فيه مباشرة بالإستئناف.

ويعتبر كلا الطريقين " التظلم والإستئناف " ، طريقاً عادياً للطعن بالنسبة لأمر الأداء ، ولهذا لم ينص القانون على أسباب محددة لأى منهما ، وإنما كل ماشترطه هو أن يكون التظلم مسبباً ، وإلا كان باطلاً " المادة ٢٠٦ مرافعات مصرى "(١).

وإلى جانب هذين الطريقين للطعن فى أوامر الأداء " التظلم والإستئناف " فإنه يمكن الطعن فيها بالتماس إعادة النظر (٢).

أولاً : التظلم من أمر الأداء :

التظلم من أمر الأداء هو طريقاً خاصاً للطعن فيه ، ويتعين تطبيق الأحكام المنصوص عليها فى المادة ٢٠٦ مرافعات مصرى ، ولا يجوز الرجوع للقواعد الخاصة بالمعارضة فى الحكم الغيابى أو التظلم من الأمر على عريضة (٣).

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ط١٩٩٣ - بند ٤٢٥ - ص ٨٧٥.

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ط١٩٩٣ - بند ٤٢٥ - ص ٨٧٤ . عكس هذا : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢- ١٩٧٤ - بند ١١٤ - ص ٢١٤ . حيث ترى سيادتها أن أمر الأداء لايقبل الطعن عليه بالنقض المباشر أو التماس إعادة النظر.

(٣) وذلك مثلما كان الوضع فى ظل المادة ١/٨٥٥ من قانون المرافعات المصرى السابق فى صورتها الأولى، والتى كانت تجيز للمدين أن يتظلم من الأمر الذى يصدر ضده خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه ، وإلا أصبح الأمر بمثابة حكماً إنتهائياً " المادة ٨٥٦ " ، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣ ، ونص على جواز المعارضة فى الأمر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان ، وعلى أنه إذا لم ترفع المعارضة فى الأمر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان ==

وصاحب الحق فى التظلم من أمر الأداء هو المدين أو ورثته ، وذلك عملاً بالقواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين ٢١٦ ، ٢١٧ مرافعات مصرى[١]. ذلك أن أمر الأداء لايصدر إلا لمصلحة الدائن ، وبالتالى فليس له حق الطعن فيه ، فليس هناك أمراً بالرفض يمكن له التظلم منه ، كما أنه ليس لغير المدين التظلم من الأمر ، إذ هو ليس طرفاً فيه [٢]. ويقبل التظلم من المدين أو ورثته بصرف النظر عن قيمة الحق موضوع أمر الأداء أو نوعه.

ومن ناحية أخرى ، فإن للمدين أو ورثته التظلم من أمر الأداء خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه به ، وإذا انقضت عشرة أيام من هذا الإعلان دون رفع تظلم، سقط الحق فيه " ٢٠٦/٣ مرافعات مصرى " ، والمعول عليه فى إحتساب ميعاد التظلم من أمر الأداء ، هو بتاريخ إعلان العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء ، ويعتبر ميعاد التظلم مرعياً بإيداع صحيفة التظلم قلم الكتاب خلال الميعاد ، ولو لم يتم إعلانها إلا بعد ذلك [٣]. ويسقط الحق فى التظلم

== يصبح الأمر بمثابة حكماً حضورياً " المادة ٨٥٥ " ، وكانت الفكرة فى هذا التعديل ، أن الأمر بالأداء يعتبر بمثابة حكماً غيابياً، ومن ثم ، فإن التظلم منه يعتبر معارضة . راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣. وعندما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، عنى بأن يبرز بجلاء صفة الأمر باعتباره أمراً وليس حكماً ، فإتجه مرة أخرى إلى أن لا يكون الطعن فى أوامر الأداء بمثابة حكماً غيابياً " المادة ٨٥٣ ". راجع : محمود محمد إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى - ص ١٠٦ ، عبدالمنعم حسنى - طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية - جـ٢ - ط ١٩٨٣ - ص ١٢٨٧ ، عزالدين الدناصورى وحامد عكاز التعليق - ١٩٨٢ - ص ٥٦٣ ومابعدها. عكس هذا : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - ط٦ - الكتاب الثانى - عالم الكتب - بند ٤٨٩ . حيث يرون سيادتهم جواز الطعن فى أمر الأداء عن طريق المعارضة فى الحكم الغيابى ، وأنظر كذلك فى نفس المعنى : نقض مدنى مصرى ١٩٧٨/١/٤ - السنة ٢٩ العدد الأول - ص ٨٧. مشاراً لهذا الحكم فى مؤلف - عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ١٤٩.

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣ فى الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٣ ق.

(٢) أنظر : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ١١٠ - ص ١٣٢.

(٣) راجع : نقض مدنى مصرى ، جلسة ١٩٧٧/٦/٧ - الطعن رقم ٣٥٥ - لسنة ٤٣ ق. ===

أيضاً إذا رفع المدين مباشرة إستئنافاً عن الأمر "المادة ٤/٢٠٦ مرافعات مصرى " (١).

وعملاً بنص المادة ٢٠٦ مرافعات مصرى ، فإنه تراعى فى التظلم الأوضاع المقررة لصحيفة التظلم المنصوص عليها بالمادة ٦٣ مرافعات مصرى ، فيرفع التظلم بالإجراءات المعتادة المقررة لرفع الدعوى ، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة ، وتقيد ، ثم تعلن إلى الدائن المتظلم ضده ، والصادر لصالحه أمر الأداء (٢).

ويجب أن تشتمل صحيفة التظلم من أمر الأداء على البيانات الآتية :

١- إسم المتظلم ولقبه ومهنته وموطنه ، وإسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه.

٢- إسم المتظلم ضده ولقبه ومهنته أووظيفته ، وموطنه ، فإن لم يكن معلوماً فآخر موطن كان له.

٣- تاريخ تقديم صحيفة التظلم من أمر الأداء لقلم كتاب المحكمة المختصة.

== ولا يغنى عن إعلان الأمر إلى المدين لبدء ميعاد التظلم ، إعلانه بتوقيع الحجز على منقولاته تنفيذاً لهذا الأمر - نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ - مجموعة النقض ٢٤ - ٨٥٠ - ١٤٩.

(١) راجع : نقض تجارى مصرى - ١٩٨٨/٣/٧ - فى العطن رقم ٧٨٠ لسنة ٥٥ ق. ويعتبر رفع الإستئناف عن أمر الأداء نزولاً عن التظلم منه ، وإن كان قد رفع بإجراءات باطلة ، أو كان المستأنف قد نزل عن استئنافه ، أو انقضت الخصومة فى الإستئناف لأى سبب دون صدور حكم فى الموضوع . راجع فى هذا المعنى : مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٢ ص ١١٨ ، وفى هذه الحالات يصبح أمر الأداء نهائياً غير قابل للطعن فيه بأى طريق . أمينة النمر - أوامر الأداء ط٢ - ١٩٧٥ - ص ٢٧٣.

(٢) وتسرى القواعد المتعلقة بإعلان صحيفة الدعوى على إعلان صحيفة التظلم من أمر الأداء . راجع مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٧٨ ص ١١٢ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/١/١ فى الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٤٧ ق. ويعتبر المتظلم فى حكم المدعى ، والمتظلم ضده فى حكم المدعى عليه.

٤- المحكمة المرفوع أمامها التظلم.

٥- بيان موطناً مختاراً للمتظلم فى البلدة التى بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطناً فيها.

٦- وقائع التظلم وطلبات المتظلم وأسانيدها (١).

كما يتعين أن تشتمل صحيفة التظلم على البيانات التى تنص عليها المادة التاسعة من قانون المرافعات المصرى ، باعتبارها من الأوراق التى يقوم المحضرون بإعلانها ، مع ملاحظة ضرورة التوقيع عليها من محام ، وذلك وفقاً لنص المادة ٥٨ من قانون المحاماة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وبالشروط الواردة بها ، ويجب أن يكون التظلم مسببا ، وإلا كان باطلاً " المادة ٤/٢٠٦ مرافعات مصرى "(٢).

وتختص بنظر التظلم المرفوع عن أمر الأداء المحكمة التى أصدر قاضيها الأمر . فإذا كان الأمر قد صدر من قاضى جزئى ، إختصت المحكمة الجزئية بنظر التظلم ، وإن كان قد صدر من رئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية ، إختصت هذه المحكمة الإبتدائية بنظر التظلم (٣).

---

(١) أنظر فتحى ولى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٥ ص٨٧٦.

(٢) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤٠٢ ص ٧٠٠ ، أحمد محمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٦١ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١٠٩.

والعلة من اشتراط تسبيب التظلم من أمر الأداء ، هى ضمان الجدية فى التظلم . راجع : أحمد محمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٦١.

(٣)وهذا هو الرأى الراجح فقهاً . راجع : فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٥ ، ص ٨٧٦ ، أمينة النمر أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ - ص ٢٨٢ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر - بند ٧٩ ص١١٢.

وبالرغم من ذلك ، فقد ذهب رأى إلى أن المحكمة المختصة بنظر التظلم من أمر الأداء ، هى المحكمة الجزئية أو الكلية حسب الأحوال ، أى طبقاً لقاعدة النصاب ، ومن ثم ، وإعمالاً لهذا الرأى يكون التظلم من أمر الأداء الذى تزيد قيمته عن خمسة آلاف جنيه إلى المحكمة الإبتدائية ، لو كان أمر الأداء قد صدر من القاضى الجزئى ، وبالمقابل يكون التظلم من أمر الأداء الذى تقل قيمته عن خمسة آلاف جنيه أمام القاضى الجزئى ، ولو كان قد صدر من رئيس =

ولا يجب أن ينظر التظلم أمام نفس القاضى الجزئى الآمر ، أو أمام الدائرة التى يرأسها القاضى مصدر الأمر [١].

ومن ناحية أخرى ، فإن التظلم من أمر الأداء يحول خصومة الأداء وهى خصومة تحقيق غير كامل دون مواجهة ، إلى خصومة تحقيق كامل ، تتم فيها مواجهة ، أى خصومة تحقيق عادية [٢] ، محلها ليس فقط توافر أو عدم توافر شروط إصدار الأمر ، بل أيضاً ما يتعلق بالحق الذي يطالب به الدائن ، إذ يؤدى التظلم إلى طرح الموضوع أمام المحكمة من جديد ، بكافة ما يثيره من الدفوع ووجوه الدفاع [٣].

فالتظلم من أمر الأداء يعيد طرح الموضوع على محكمة التظلم لتفصل فيه بحكم موضوعي يحسم أصل الحق ، باعتبارها المحكمة المختصة أصلاً بالمطالبة بالحق ، وهى تنظر الدعوى بكل ما يقدم فيها من طلبات ودفوع

= الدائرة بالمحكمة الابتدائية - أنظر فى هذا الرأى : عبدالباسط جميعى - مبادئ - طبعة سنة ١٩٨٠ - ص ٤٠٠.

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٥ ص ٨٧٦ ، وإن كان هناك من يرى أنه ليس هناك فى القانون ما يمنع القاضى الجزئى الآمر ، أو الدائرة التى يرأسها القاضى مصدر الأمر من نظر التظلم من أمر الأداء ، إذ أنه قد أصدر أمر الأداء دون سماع مرافعة المدين التى سوف يبديها فى التظلم ، وسبق إصداره أمراً بالأداء . لايقيده عند نظر التظلم منه . مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٧٩ - ص ١١٣ ، بل أن العمل قد جرى على أن يقوم القاضى الذى أصدر الأمر أو الدائرة التى أصدر الأمر رئيسها بنظر التظلم ، وهو أمراً يكون محلاً لنقد الفقه الإجرائى . راجع : عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٢٨٤.

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط - طبعة ١٩٩٣ - بند ٤٢٥ - ص ٨٧٥.

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ - ص ٢٠٣ ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٧ (١٠) - ص ٢٠١ ومابعدها ، عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٨٤ ، محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٩٣ ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ٥٦٢ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨١ - ص ١١٥ ، ١١٦. وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٨٥/٢/١٣ - من الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٧/٧/٣ فى الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٣ ق ، ١٩٦٤/٤/٧ فى الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٩ق.

وأوجه دفاع ، وذلك في حدود ما رفع عنه التظلم ، لتقضى بتأييد الأمر أو إلغائه. غير أنها إذا قضت بالإلغاء لتخلف أحد الشروط الشكلية ، كبطلان العريضة ، أو عدم الإختصاص ، أو عدم قيام الدائن بتكليف المدين بالوفاء وقفت عند حد القضاء بالإلغاء ، فلا تتعرض للفصل في الموضوع ، أما إذا كان قضاءها بالإلغاء يرجع إلى تخلف أحد الشروط الموضوعية لإصدار الأمر كصدور الأمر بدين ليس ثابتاً بالكتابة ، أو حال الأداء أو معين المقدار مثلاً فإنها لا تقتصر على الحكم بالإلغاء ، بل تنظر الموضوع [1].

ويمكن للمدين المتظلم ، والدائن المتظلم ضده ، إبداء الدفوع المختلفة ، والطلبات العارضة التي يجيز القانون قبولها ، كما أن للغير التدخل في خصومة التظلم إنضماماً أو اختصاماً ، كما أن لكل منهما إدخال هذا الغير [2].

ويرد على خصومة التظلم الوقف والإنقطاع والسقوط والإنقضاء بمضى المدة، كما تطبق عليها قواعد الحضور والغياب [3].

وكل ذلك وفقاً للقواعد والإجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى

---

(١) وذلك تأكيداً لرغبة المشرع في جعل طريق أمر الأداء إجبارياً متى توافرت شروطه ، لأن المحكمة لا تملك الحكم في موضوع دعوى تتوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء . أنظر في هذا المعنى : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ٢٠٣ ، أمينة النمر - التنفيذ الجبرى ص ١٠٣ ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى - ١٩٩٥ - بند ٩٩ ص ١٩٩ ، عزالدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ١٩٨٢ - ص ٥٦٢ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٥١ - ص ١١٦ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى ١٩٨٠/١/١٣ في الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ ق، عكس هذا : فتحى والى - مبادئ - ص ٩٠٧ الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٤ - ص ٨٧٧ ، حيث يرى سيادته أن لمحكمة التظلم السلطة الكاملة في الفصل في الدعوى ، وهى تستطيع أن تؤيد الأمر فيما قضى به من إلزام ، أو تؤيده في جزء منه ، كما أنها تستطيع أن تلغى الأمر ، وهى إذا ألغت الأمر ، سواء لعدم توافر شروط الحق ، أو لأنه باطلاً لعيب في إجراءات إستصداره ، أو لاعتباره كأن لم يكن ، فإنها لا تقتصر على الإلغاء ، بل عليها أن تصدر حكماً في موضوع الدعوى .

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٤ - ص ٨٧٧.

(٣) أنظر : فتحى والى - الإشارة المتقدمة.

"المادة ١/٢٠٧ مرافعات مصرى " ، ولا يستثنى من ذلك ، إلا ما تنص عليه المادة ٢/٢٠٧ مرافعات مصرى من القاعدة الخاصة المتعلقة بغياب المتظلم فى أول جلسة والتى بموجبها يترتب على الغياب أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن ، وينتج عن هذا زوال التظلم وبقاء أمر الأداء وبدء ميعاد استئنافه إذا كان يقبله " المادة ٣/٢٠٦ مرافعات مصرى " (١).

---

(١) ووفقاً لنص المادة ٢/٢٠٧ مرافعات مصرى ، فإنه :" .... إذا تخلف المتظلم عن الحضور فى الجلسة الأولى لنظر التظلم تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن " ، بمعنى أن اعتبار التظلم من أمر الأداء كأن لم يكن قاصراً على الجلسة الأولى فقط ، فإن حضر المتظلم فى الجلسة الأولى ، وأجلت الدعوى لجلسة أخرى ، ثم تخلف المتظلم عن الحضور ، إمتنع على المحكمة أن تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن ، وإن كان يجوز لها شطبه أو القضاء فى موضوعه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة فى الشطب " المادة ٨٢ من قانون المرافعات المصرى " أنظر مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٠ ص ١١٤.

وإذا لم يحضر المتظلم الجلسة الأولى المحددة لنظر التظلم ، والتى علم بها المتظلم علماً صحيحاً وقت تحديد جلسة التظلم وأخطأت المحكمة ، ولم تقض باعتبار التظلم كأن لم يكن ، وأجلتها لأى سبب كان ، إمتنع عليها بعد ذلك أن تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن - عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - طبعة ١٩٨٢ - ص ٥٦٥.

هذا ويلاحظ أنه يتعين على المحكمة إذا تعدد المتظلمون من أمر الأداء ، أن تحكم على من تخلف منهم عن حضور الجلسة الأولى باعتبار التظلم كأن لم يكن ، وتمضى فى نظر التظلم بالنسبة لمن حضر منهم - مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٠ ص ١١٤.

واعتبار التظلم كأن لم يكن ، يكون أمراً وجوبياً ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها. عبدالمنعم حسنى - طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية - ط٢ - ١٩٨٣ - جـ٢ - ص ١٢٩٤ ومابعدها. وهى تقضى به ولو حضر المتظلم وطلب الحكم فى التظلم ، أو كان قد تخلف هو الآخر عن الحضور ، إذ لا يصح أن يؤدى تخلف المتظلم ضده إلى رفع الجزاء الذى فرضه المشرع إذا تخلف عن حضور الجلسة الأولى ، عبدالمنعم حسنى - المرجع السابق - ص ١٢٩٤ ومابعدها.

وفى دراسة ذلك بالتفصيل راجع : عزالدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - طبعة ١٩٨٢ - ص ٥٦٥ ومابعدها ، عبدالمنعم حسنى - طرق الطعن فى الأحكام التجارية والمدنية - ص ١٢٩٤ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٠ - ص ١١٤ ومابعدها.

كما وأن المحكمة التى تنظر التظلم تصدر حكماً بالمعنى الفنى الدقيق ، ويخضع للقواعد العامة في الأحكام القضائية ، ويقبل الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة للطعن فى الأحكام [١] ، ويخضع من حيث تنفيذه الجبرى للقواعد التى تطبق على أحكام الإلزام الموضوعية [٢] ، ويخضع لنظام المراجعة المنصوص عليه فى المواد ١٩١ - ١٩٣ من قانون المرافعات المصرى ،والمواد ٤٦١ ، ٤٦٤ ، ٣/٤٨١ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة ، وذلك لأنه يعد حكماً قضائياً بالمعنى الفنى الدقيق ، ويصدر بإجراءات الخصومة القضائية ويفصل فى المسائل المتنازع حولها بقضاء قطعى يحسم وجه الخلاف بشأنها.

ثانيا: إستئناف أوامر الأداء:

تنص المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " ... ويبدأ ميعاد إستئناف الأمر إن كان قابلاً له من تاريخ فوات ميعاد التظلم ، أو من تاريخ إعتبار التظلم كأن لم يكن .

ويسقط الحق فى التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالإستئناف ".

ومفاد النص السابق ، أنه إذا كان يجوز للمدين الصادر ضده الأمر التظلم من أمر الأداء خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه به ، فإنه يجوز له كذلك أن يطعن فيه بالإستئناف مباشرة ، وأنه يفهم من عبارة المادة ٢٠٦ المشار إليها "يبدأ ميعاد إستئناف الأمر إن كان قابلاً له ... " أن إستئناف أمر الأداء يرتبط بقيمة الحق الصادر به ، أى بقيمة الدعوى الصادر فيها. ومن ثم ، فإن الحق فى الإستئناف بالنسبة لأمر الأداء يفترض وجود أمراً بالأداء يقبل الطعن فيه بالإستئناف ، وذلك بحسب قيمةالحق الذى صدر به.

---

(١) أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - ١٩٧٤ - بند ١٥٥ - ص ٢٥٤ ، بند ١٧٨ ص ٢٨٦.

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - قواعد التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ - ص ١٤٥ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول - بند ٥٦٥ - ص ٦٣٩.

هذا ، ويلاحظ أن مجرد إنقضاء خصومة التظلم لأى سبب من الأسباب الإجرائية ، كالسقوط أو الإنقضاء بمضى المدة ، لا يمس أمر الأداء المطعون فيه . أنظر فى هذا : فتحى والى - الوسيط الإشارة المتقدمة.

تعديلات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وحرص المشرع على إبراز صفة الأمر لأمر الأداء فإن الإتجاه المتقدم لم يعد له سنداً من النصوص – أمينة النمر – الإشارة السابقة .

وإذا كانت محكمة النقض قد سلمت – وكما استخلص هذا الجانب من الفقه – بأن أوامر الأداء تصدر بطريقة تشبه طريقة إستصدار الأوامر على العرائض ، وتختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى ، إلا أنها لم تتمشى مع هذا القول ، وتسبغ عليها صفة الأمر ، وإنما ذهبت إلى أن أمر الأداء ليس أمراً على عريضة – أمينة النمر – المرجع السابق – بند ٢٧ – ص ٦٢ .

ويترتب على التكييف السابق لأمر الأداء ، وفقا لما استخلصه هذا الجانب عن الفقه ، أن النظام القانوني لأوامر الأداء يتلخص من أن أمر الأداء باعتباره أمرا يخضع للقواعد العامة في الأوامر على العرائض ، إلا ما أراد المشرع أن يغاير فيه صراحة .
فإذا لم يرد نص قاعدة خاصة ، تتبع قواعد الأوامر على العرائض . ومن جهة أخرى نص المشرع صراحة في حالات معينة على إخضاع الأمر لبعض قواعد الأحكام مراعاة فيه لصفة العمل القضائي الذي يصدر الأمر بمقتضاه ، فتطبق هذه النصوص بالقدر أو في الحدود الواردة بها ، باعتبارها استثناء من القواعد العامة الواجبة الإتباع – أمينة النمر أوامر الأداء – المرجع السابق – بند ٢٩ – ص ٦٣ ، ٦٤ .

(١) راجع : أمينة النمر – أوامر الأداء – الطبعه الثالثة – ٢٦٣ – ص ٥٩ .

(٢) راجع : أحمد مسلم – أصول المرافعات – المرجع السابق – طبعه سنه ١٩٧١ – بند ٦١٤ ، ص ٦٦٥ .

ولقد كان المشرع يصرح فى النصوص السابقة لأوامر الأداء ، بأنه يعتبر بمثابة حكما غيابيا ، وذلك فى المادة ٨٥٣ قبل تعديلها ، ولكنه عندما عدل هذه النصوص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ حذف هذا التشبيه الصريح من المادة المذكورة ، دون أن تبرر المذكرة الإيضاحية للمادة الجديدة هذا الحذف ، إكتفاء بتقريره ، ولكنها فى موضع آخر صرحت أن مشروع التعديل عنى بأن يبرز بجلاء صفة الأمر باعتباره أمرا وليس حكما ، واحتفاظه بهذه الصفه حتى صدوره وذلك على الرغم من أنه يشتمل على قضاء قطعى ملزم ، وبذا يتعين الإعتداد بهذه الصفه عند إصداره ، سواء من ناحية بيانات الأمر ، أو من ناحية إجراءات استصداره ، بل لقد عمد المشرع إلى تسمية الطعن الأول فى الأمر تظلما بعد أن كان يسمى معارضة [1] ، وكل ذلك لا يدحض الطبيعة المزدوجة لأمر الأداء ولاينفى عنه كل تشبيه بالحكم ، أو يضفى عليه كل سمات الأمر ، ذلك لأن البحث فى طبيعة أمر الأداء هو بحثاً فقهياً أصلا ، وليس للمشرع أن يقحم نفسه عليه وهذا هو ما يفسر به حذف التصريح باعتبار أمر الأداء بمثابه حكما غيابيا إكتفاء بتقرير الأحكام الخاصة به دون تكييف [2] .

وبالنسبة لعبارة المذكرة الإيضاحية فى إبراز صفة الأمر كأمر ، ونفى صفة الحكم عنه ؛ فهى تتناقض مع قولها : « على الرغم من أنه يشتمل على قضاء قطعى ملزم » ، وتتناقض مع قابلية الأمر للإستئناف ، بل ولسائر طرق الطعن بل إن محاولة المباعدة بين الأمر فى موضوعه ، وبين الحكم الغيابى ، بتسمية الطعن الأول فيه تظلما بدلا من معارضة ، هى محاولة ساذجة ، لأن المشرع قرر

---

(١) راجع : أحمد مسلم – أصول المرافعات – المرجع السابق – بند ٦١٤ ، ص ٦٦٥ .

(٢) راجع : أحمد مسلم – الإشارة السابقة .

لهذا التظلم كل أحكام المعارضة تقريبا (١) .

فأمر الأداء من حيث الشكل ، هو أمراً على عريضة ، وتبرز صفته كأمر على عريضة فى إصداره وفى تحريره ، فهو يصدر على إحدى نسختى العريضة ويأخذ صيغة الأمر ، فلا يلزم لإصداره ما يلزم لإصدار الأحكام ، من نطق به فى جلسه علنيه ولا يلزم تحريره كما تحرر الأحكام من أسباب ومنطوق ، ومن بيانات خاصة وغير ذلك من شكليات الأحكام (٢).

أما من حيث الموضوع ، فإن أمر الأداء هو قضاءً قطعياً ملزماً ، وهو يشبه الحكم الغيابى ، ويتجلى شبهه بالحكم الغيابى فيما قرره المشرع بشأن إعلانه والطعن فيه وتنفيذه ، وهو شبه قوى ولكنه لا يعنى المماثلة التامة ، وذلك لاختلاف ظروف إصدار أمر الأداء من بعض النواحى عن ظروف إصدار الحكم الغيابى (٣) .

إذا ووفقا لهذا الإتجاه ، فإن أمر الأداء ذو طبيعة مزدوجة ، فهو من حيث الشكل أمراً على عريضة ، ومن حيث الموضوع ، يشبه الحكم الغيابى شبها قويا وفى هذا الإتجاه الأخير يرى جانب من الفقه (٤) أنه بفحص مادة أمر الأداء

---

(١) راجع : أحمد مسلم – أصول المرافعات – المرجع السابق – بند ٦١٤ ، ص ٦٦٦ .

(٢) راجع : أحمد مسلم – الإشارة السابقة .

(٣) راجع : أحمد مسلم – الإشارة السابقة .

(٤) راجع : عبد الباسط جميعى – مبادىء المرافعات – المرجع السابق – ص ٢٨٧ ، الإستئناف المباشر لأوامر الأداء – المقالة السابقة – ص ٣٨٨ ، أحمد محمد مليجى موسى – أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٧١ .

وشكله ، فإننا نجد أمر الأداء من الناحية المادية يتضمن عنصرى التقرير والإلزام فهو يتضمن إثبات الحق لأحد الخصمين ، وإلزام الآخر بأدائه ، فهو يقرر الحق للدائن ويلزم المدين بأدائه ، ولذلك فإن مادة أمر الأداء هى نفسها مادة العمل القضائى التى تحتوى على عنصرى التقرير والإلزام ، وتختلف مادة أمر الأداء عن مادة العمل الولائى ، إذ هذه الأخيرة لا تتضمن سوى عنصراً وحيداً هو عنصر الإلزام (١) .

أما من الناحية الشكلية ، فإن أمر الأداء يتبع فى إصداره إجراءات مختصرة ، ولذلك فإن شكل أمر الأداء هو نفس شكل العمل الولائى الذى يتبع فى إصداره دائما إجراءات مختصرة ، وإجراءات إصدار أمر الأداء لا تماثل مطلقا إجراءات إصدار العمل القضائى ، ولا تتطابق معها ، بل هى تشبه إجراءات إصدار العمل الولائى ، وبذلك فإن أمر الأداء هو عملاً ولائياً من الناحية الشكلية(٢) .

وخلاصة *هذا الإتجاه الأخير* الجدير بالتأييد من جانبنا ، أن لأمر الأداء طبيعته الخاصة ، ولا شك فى أن هذه الطبيعة الخاصة تنعكس انعكاسا كاملا على النظام القانونى لأوامر الأداء ، ذلك النظام الذى لا يتطابق تماما مع النظام القانونى للأعمال الولائية ، ولا يتطابق أيضا مع النظام القانونى للأعمال القضائية ، بل هو مزيج من النظامين ، فنجد بعض النصوص التشريعية المنظمة لأوامر الأداء تشبه تماما النصوص التشريعية المنظمة للأحكام القضائية ، ونجد

---

(١) راجع: عبد الباسط جميعى – الإشارة السابقة .

(٢) راجع : أحمد مليجى موسى – الإشارة السابقة .

أيضا بعض النصوص التشريعية المنظمة لأوامر الأداء تشبه تماما النصوص التشريعية المنظمة للأوامر على العرائض ، وكل ذلك يرجع إلى الطبيعة المزدوجة التى يتمتع بها أمر الأداء (١) .

وخلاصة دراستنا فى تحديد طبيعة أوامر الأداء (٢) ، أن هذه الطبيعة كانت مثارا لجدل شديد فى الفقه ، وأمكننا حصر آراء الفقه بشأن هذه الطبيعة فى اتجاهات ثلاث ، وأتبعنا ذلك بالرأى الذى نميل إليه .

فاتجاه أول يرى أن أوامر الأداء ذات طبيعه قضائية ، واتجاه ثان يرى أن أوامر الأداء ذات طبيعة ولائية ، واتجاهاثالثاً يتجهه إلى القول بأن أوامر الأداء ذات طبيعة مزدوجة ، ولكل اتجاه حججه وأسانيده القانونية والعملية .

ولا شك أن هذه الدراسة السابقة والمتعلقة بطبيعة أوامر الأداء ، كان لها أهمية كبرى ، ذلك أنه إذا كانت الأعمال التى يقوم بها القضاة ، والمسندة إليهم قانونا كثيرة ومتنوعة ، ومتباينةالطبيعة الفنية والآثار ، فإنه يكون من الواجب معرفة طبيعة كل عمل من الأعمال التى يمارسها القاضى حتى يمكن تحديد خصائصه وآثاره القانونية ، إذ مما لا شك فيه تنعكس طبيعة العمل القانونية على

---

(١) راجع : أحمد مليجى – أعمال القضاة – المرجع السابق – ص ١٧٨ .

(٢) فى دراسة طبيعة أوامر الأداء راجع : أمينة مصطفى النمر – أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية – الطبعة الثالثة – ١٩٨٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية بند ٨ وما يليه ص ٢٧ وما بعدها ، بند ٢٣ وما يليه ، ص ٥٣ وما بعدها حيث استعرضت سيادتها طبيعة عمل القاضى عند إصدار أمر الأداء .

خصائصه وآثاره ، ويكون من المفيد بالتبعية لذلك ، معرفة ما إذا كان العمل الصادر من القاضى حكما قضائيا ، وفاصلا فى نزاع ، نتيجة خصومة تحقيق كامل وصادرا بناء على سلطة القضاء ، أى سلطة إصدار أحكام قضائية فاصلة فى هذا النزاع ، والتى يتمتع بها القاضى ، أو أمرا ولائيا صادراً بموجب سلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى ، أى سلطة إصدار أوامر قضائية ملزمة ، نتيجة خصومة تحقيق غير كامل ، أو قرارا إداريا صادراً بناءً على سلطة الإدارة التى يتمتع بها القاضى ، والتى بموجبها يصدر قرارات إدارية باعتباره موظفا عاما فى الدولة، ويكون لعمل القاضى الذى يصدر فى شكل أمر الأداء خصيصتين أساسيتين يتحدد فى ضوئهما نظامه القانونى :-

١ - فمن حيث المضمون ، فإنه يتضمن قضاء قطعيا ملزما يتجسد فى تأكيد قضائى بوجود حقاً للدائن يصدر على أساسه إلزام المدين بأداء الإلتزام ونتيجة لذلك ، فإن المطالبة بهذه الحقوق والتى تتخذ شكل العريضة تكشف عن تمسك الطالب بحقوقه ورغبته فى حمايتها قضائياً. ومؤدى ذلك هو اعتبار العريضة بمثابة مطالبة قضائية يترتب عليها ما يترتب على المطالبة من آثار إجرائية وموضوعية . فالعريضة تعتبر بديلة عن صحيفة الدعوى ، وعن طريقها تتصل المطالبة بالقضاء (١) ، وهى تقطع التقادم بالنسبة للحقوق محل الطلب (٢)

---

(١) أنظر : نقض ٧ / ١١ / ١٩٦٧ - المجموعة ١٨ - ١٦٠٧ ، ٤ / ١ / ١٩٧٨ - المجموعة ٢٥ - ٨٧ ، ٢٧ / ٢ / ١٩٧٩ ، الطعن ٨٥٤ لسنة ٤٤ ق ، ١٣ / ٢ / ١٩٨٠ - الطعن ٤١٥ لسنة ٤٦ ق - مشار لهذا فى مؤلف : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - المرجع السابق - بند ٦١ - ص ١١٤ ، الهامش رقم (١) .

(٢) أنظر نقض ٦ / ١١ / ١٩٦٩ - المجموعة ٢٠ - ١١٧٠ ، ٢٠ / ١١ / ١٩٦٩ المجموعة ٢٠ - ١٢٢٠ ، ١٦ / ٦ / ١٩٧٤ - المجموعة ٢٣ - ١٠٨٢ ، ٢٥ / ٦ / ١٩٧٥ - المجموعة ٢٦ - ١٢٩٢ .

كما أنه يتضمن قضاءً بإلزام ، وبالتالى يكون له ما لأحكام الإلزام من قوة فيصلح أداة لاستصدار أمراً بالإختصاص على نحو ما تنص عليه المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى المصرى (١) .

ولقد حرصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ على التأكيد على ذلك بالتقرير أن الأمر يتضمن قضاء قطعيا ملزما . ويرتب العمل إستنادا إلى هذا المضمون مجموعه من الآثار (٢) : فلأنه يتضمن قضاء قطعيا فإنه يؤدى إلى إستنفاد ولاية القاضى الذى أصدره (٣) ، ولأنه يتضمن تأكيدا لحق موضوعى (قضاءً موضوعيا) ، فإنه يحوز حجية الأمر المقضى (٤)، ولأنه

(١) أنظر : نقض ٤ / ١٩٦٣/٤ - المجموعة ١٤ - ٤٧٥ .

(٢) فى هذه الآثار بصفة عامة راجع : فتحي والي - الوسيط - المرجع السابق بند ٢٦٢ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٧٠ - بند ٧٤ ، ط ١٩٨٤ - ص ٢٩ ومابعدها ، ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٢٣٢ ، ٢٣٧ ، وأنظر أيضا : نقض ٢٥ / ٦ / ١٩٧٥ - المجموعة ٢٦ - ١٢٩٢ .

(٣) أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط ١٩٨٤ - ص ٣٥ ، فتحي والي الوسيط ص ٩٤٨ ، محمود هاشم - إستنفاد ولاية القاضى - ص ٢٢٠ ، نقض ٥ / ١١ / ١٩٦٤ - المجموعة ١٥ - ١٠٠٣ . وقارب : نقض ١٣ / ٢ / ١٩٨٠ - الطعن ٤١٥ لسنة ٤٦ ق .

(٤) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضى - المرجع السابق - بند ١٦٩ وما يليه مراجعة الأحكام - المرجع السابق ، بند ٦١ - ص ١١٥ ، نقض ٢٣ / ٥ / ١٩٥٧ - المجموعة ٨ - ٥٢٠ ، ٤ / ٤ / ١٩٦٣ - المجموعة ١٤ - ٤٧٥ ، ١١ / ٥ / ١٩٧٢ - المجموعة ٢٣ - ٨٧٢ . ١١ / ٢ / ١٩٧٤ - المجموعة ٢٥ - ٣٢٧ . ٥ / ١ / ١٩٧٧ - المجموعة ٢٨ - ١٧٤ . ١٣ / ٢ / ١٩٨٠ - المجموعة ٣١ - ٧٨ - ٥ . وفي القانون الفرنسي:

Civ. 2e , 29 Mai , 1979 , J . C . P . 1979 . IV 255 .

يقضى بإلزام فإنه يحوز القوة التنفيذية (١)، ويعد بذلك من السندات القابلة للتنفيذ الجبرى (٢)، وتطبيقا لذلك تنص المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات المصرى على أنه : « تسرى على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال التى بينها القانون » . وإن كانت خصائص ومفترضات أمر الأداء من حيث صدوره فى غيبة الخصم تحول دون تطبيق كافة حالات التنفيذ المعجل القضائى التى أوردتها المادة ٢٩٠ مرافعات المصرى(٣) .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول - آثار الغاء الأحكام بعد تنفيذها - المرجع السابق - بند ٦٢ ص ٨٦ ومابعدها .

وفي القانون الفرنسي يخضع أمر الأداء في تحديد قوته التنفيذية لمجموعة من القواعد الخاصة راجع فى هذه القواعد : أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق -ص ٨٩ الهامش رقم (١) ،وأيضاً راجع :

J.J.TAISNE , la réforme de la procédure d'in Jonction de payer , D. 1981 - Chron - 319.

(٢) أنظر : فتحي والى - التنفيذ الجبري - المرجع السابق -ص ١٠٦ ، أحمد ماهر زغلول مراجعة الأحكام ، المرجع السابق -بند ٦١ -ص ١١٥ - الهامش رقم (٣) فتحي عبد الصبور - أوامر الأداء - طبيعتها وطرق الطعن فيها - المجموعة الرسمية السنة ٦٠ - عدد ٣ -ص ١١٩٩ ومابعدها ، أمينة مصطفي النمر - أوامر الأداء المرجع السابق -بند ٢٠٩ وما يليه .

(٣) أنظر : وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - الرسالة السابقة -ص ٦٥٨ ومابعدها ، مبادئ الخصومة المدنية - المرجع السابق -ص ٧١٠ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - المرجع السابق -بند ١١ ، ٢٠ ، ٢٢ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - المرجع السابق -ص ٢٨٤ ، أحمد ماهر زغلول مراجعة الأحكام - المرجع السابق -بند ٦١ -ص ١١٥ -ولقد أقرت محكمة النقض هذا الرأى بالنسبة لأوامر تقدير أتعاب الخبراء ومصاريفهم - وهي تتفق مع أوامر الأداء فى مضمونها التأكيدى بتقريرها أن هذه الأوامر لاتعدو أن تكون من الأوامر على العرائض - نقض ١ / ٦ ١٩٧١ - المجموعة ٢٢ - ٧١٦ .

٢ – ومن حيث الشكل ، فإن أمر الأداء فى شكله الخارجى ومنهجه الإجرائى هو أمرا على عريضة (١).

ولقد كان المشرع حاسما فى تحديد هذا الشكل وتبديد كل شك حوله .
فلقد ألغى بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ النصوص القديمة (المواد ٨٥٣ ، ٨٥٥) التى كانت تنص على أنه : « يعتبر الأمر بمثابة حكماً غيابياً » .
وتكشف المذكرة الإيضاحية لهذا القانون عن الفكرة التى يعتمدها المشرع فى هذا الخصوص بتقريرها أن : « وكما عنى المشروع بأن يبرز بجلاء صفة الأمر باعتباره أمراً وليس حكماً واحتفاظه بهذه الصفة حتي صدوره .... وبذا يتعين الإعتداد بهذه الصفة عند إصداره ، سواء من ناحية بيانات الأمر أو من ناحية إجراءات استصداره » .

ونفي شكل الحكم عن أمر الاداء يؤدي إلى نفي الإلتزام بتسبيبه . أنظر : عزمي عبد الفتاح تسبيب الأحكام – المرجع السابق ، ص ٨٧ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الاحكام المرجع السابق – بند ٦١ – ص ١١٥ . وقارب : فتحي عبد الصبور – ص ١٧٨ .

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الاحكام – المرجع السابق – بند ٦١ – ص ١١٥ – ١١٦ .

الفصل الثالث

شروط إستصدار أوامر الأداء [1]

يلزم لاستصدار أمر الأداء توافر شروطاً موضوعية معينة ، فإذا توافرت هذه الشروط ، فإن الدائن يتخذ إجراءات معينة ، ويقوم العريضة إلى قاض مختص ، فتكون هذه الإجراءات جميعها هي الشروط الشكلية لإصدار أمر الأداء، وذلك باعتبار أن الشكل الذى يتطلبه المشرع قد يتمثل في الإجراء المطلوب فى بيان أو مكان أو زمان أو فى شخص القائم بالعمل ، وغيرها مما يستلزمه المشرع لصحة العمل القانونى .

فإذا ماتوافرت الشروط المتقدمة بنوعيها ، الموضوعية والشكلية ، يصدر القاضى أمر الأداء ، أما إذا لم تتوافر ، فإن القاضى لا يصدر أمر الأداء ، وإنما هو يرفض إصدار الأمر ، وذلك إما مع تحديد جلسة أمام المحكمة ، أوبغير هذا بحسب طبيعة الشرط الذى تخلف أو انتفى.

والشرط الموضوعى يتعلق بالحق موضوع أمر الأداء ، وهو شرطاً يلزم توافره فى هذا الحق للإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء .

فتوافر الشرط الموضوعى هو الذى يوجب إتباع طريق أوامر الأداء عند الإلتجاء إلى القضاء والمطالبة بالحماية القانونية . فإذا تخلف الشرط الموضوعى لا يلزم إتباع طريق أمر الأداء ، وإنما يكون الإلتجاء إلى القضاء بالطريق العادى ، أى طريق الدعوى القضائية ، وإذا تقدم الدائن إلى قاض الأداء بمثل هذا الحق ، فإنه لا يصدر أمر الأداء ، وإنما يحدد جلسة أمام المحكمة لينظر الطلب بالطريق العادى.

---

(١) راجع فى دراسة شروط استصدار أوامر الأداء : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣- بند ٣٤ ومايليه ص ٧١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ - بند ٨٠ ص ١٤١ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - ط ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص ٨٥٩ ومابعدها ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ١٣ ومابعدها ،مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٦ ومايليه - ص ١٥ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢١٨ ومابعدها

أما الشرط الشكلى لإصدار أمر الأداء ، فإنه شرطاً يلزم توافره لصحة الإلتجاء إلى القضاء ، وكيفية المطالبة بالحماية القانونية ، فهو شكلاً محدداً قانوناً للإلتجاء إلى القضاء ، أى الإجراءات المقررة لطريق أوامر الأداء ، والشكل الواجب توافره فيه.

فإذا تخلف الشرط الشكلى لإصدار أمر الأداء ، فإن الإجراءات المتخذة لاتكون صحيحة قانوناً ، وبالتالى فإن القاضى لا يصدر أمر الأداء (١).

أ-الشروط الموضوعية:

أورد المشرع الشروط الموضوعية اللازم توافرها فى الحق موضوع أمر الأداء فى المادة ٢٠١ من قانون المرافعات المصرى (٢) بقوله : " إستثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعاوى إبتداءً تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل مايطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره.

وتتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الإحتياطى لأحدهم.

أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه إتباع القواعد العامة فى رفع الدعوى ".

ومفاد هذا النص ، أن المشرع يتطلب عدة شروطاً موضوعية فى الحق المطلوب ، إذا توافرت ، يتعين فى حالات المطالبة به إبتداءً، إتباع طريق أوامر الأداء المنصوص عليه فى الباب الحادى عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات .



والشروط الموضوعية التي يتطلبها المشرع ، كما يتبين من النص هى أن يكون الحق المطلوب ديناً من النقود معين المقدار ، أو منقولاً معيناً بذاته أو

---

(١) فى دراسة أهمية التفرقة بين الشرط الموضوعى والشرط الشكلى لإصدار أمر الأداء ؛ راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء فى مصر والدول العربية والأجنبية - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - بند ٣٣ - ص ٦٩ ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢١٩ ، ٢٢٠.

(٢) والمعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، وتقابلها المادة ٨٥١ من قانون المرافعات المصرى السابق.

بنوعه ومقداره ، ثابتاً بالكتابة ، وأن يكون حال الأداء .

وأعرض فيمايلى للشروط الموضوعية المتقدمة ، فأتناول مضمون الحق موضوع أمر الأداء ، وكون هذا الحق ثابتاً بالكتابة ، وحال الأداء ، ثم أخيراً لتحديد حالات الرجوع فى الورقة التجارية التى يصدر فيها الأمر بالأداء ، وذلك على النحو التالى :

أولاً : أن يكون محل الحق المطالب به ديناً من النقود معين النقود أو منقولاً معيناً بذاته أو منقولاً من المثليات ، أى معيناً بنوعه ومقداره (١):

كأن يطالب الدائن مدينه بدفع ألف جنية ثمن المبيع ، أو يطالبه بتسليم سيارة إشتراها منه ، أو يطالبه بالوفاء بالتزامه بتسليم مائة قنطار من القطن

---

(١) المادة ٢٠١ /١ من قانون المرافعات المصرى ، والتى تنص على أنه: " .... وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره .... " . وكان نص المادة ٢٠١ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وارداً على النحو التالى " إستثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعاوى إبتداءً تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية ... وكان كل مايطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولاً معينا بنوعه ومقداره ...." . ثم استبدلت هذه الفقرة بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ،وأصبح نصها يجرى على النحو التالى " إستثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى إبتداءً تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره ".

فيشمل الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء ، فضلاً عن المنقولات المعيّنة بالذات ، المنقولات المعينة بنوعها ومقدارها ، أى من المثليات التى يحل بعضها محل الأخرى ، ومثال هذا ، كذا أردب من القمح وكذا قنطار من القطن أو كذا نسخة من كتاب معين ، أو كذا سيارة من ماركة معينة ..إلخ ، فالمنقولات المعينة بذاتها توجب الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء بشأنها دون اتباع طريق الدعوى للمطالبة بها أمام القضاء.

وفى تفصيل ذلك الشرط . راجع : أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ٣٥ ومايليه – ص ٧٤ وما بعدها ، فتحى والى – الوسيط – طبعة ١٩٩٣ – بند ٤١٩ ص ٨٥٩ ، ٨٦٠ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء بند ١٦ ومايليه –ص ٢٧ وما بعدها ، المؤلف – الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام القضاء – ١٩٩٧ ، دار النهضة العربية – ص ٢٢١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ . ط١٠ – ١٩٩١، بند ٨٠ ص ١٤٢ ومايليها. وشرط أن يكون محل الحق المطالب به دينا من النقود أومنقولاً معيناً بذاته أومنقولاً من المثليات ، أى معيناً بنوعه ومقداره ، هو شرطاً موضوعياً يتعين توافره فى الحق موضوع أمر الأداء . راجع فى ذلك – أمينة النمر – أوامر الأداء – الطبعة الثالثة – ١٩٨٤ – بند ٣٥ – ص ٧٤.

طويل التيلة [١]. فإذا كان المطلوب التزاما بشئ آخر ، كأن يكون محل الحق المطالب به عقاراً ، فإنه يمتنع علي الدائن الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء المبسط لاقتضائه ، ويتعين عليه سلوك طريق المطالبة القضائية العادية ، وذلك برفع دعوى بالطرق المعتادة [٢].

وإذا كان محل الإلتزام نقوداً ، فقد تطلب القانون أن يكون الدين معين المقدار ، ومرجع هذا ، أنه ينتفى مع هذا اليقين إحتمال المنازعة بين الدائن والمدين [٣] ، وليس هناك ما يمنع من أن يكون المبلغ حاصل جمع عدة بنود محددة، أو حاصل ضرب أرقام معينة ، لأن العمليات الحسابية البسيطة المباشرة

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ بند ٤١٩ ص ٨٥٩ - وغيرها من الأمثلة كحالات مطالبة المقرض للمقترض بمبلغ القرض ، والمحال إليه للمحال عليه بمبلغ الحوالة والمؤجر للمستأجر بالأجرة والمقاول والحرفى والطبيب وغيرهم بالأتعاب المستحقة لهم . وكذا حالات المطالبة بمؤخر الصداق إذا كان مبلغاً من النقود معين المقدار.
راجع فى لجوء الدائن إلى طريق أوامر الأداء متى توافرت فى الدين الشروط المطلوبة قانوناً ، ولو كان ناشئاً من مسألة من مسائل الأحوال الشخصية - حكم محكمة شبين الكوم للأحوال الشخصية والصادر فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٦٥ . أما إذا كان محل الحق منقولاً معيناً بذاته ، فيجب أن يكون معيناً يقينياً كافياً نافياً للجهالة - فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص ٨٦٠.

(٢) أنظر : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٥٣ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ١٦ ص ٢٧ .
لأن الإلتزام فى هذه الحالة يثير تنفيذه منازعات بين الخصوم ، ويكون من اللازم أن يفصل فيها بعد سماع طرفى الخصومة ، وطبقاً لنظام الدعوي القضائية - أنظر - أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية - ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٠ ص ١٤٢.

(٣) فى تفصيل شرط أن يكون محل الحق معين المقدار . أنظر:أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٣٥ ومايليه ، ص ٧٤ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤١٩ ، ص ٨٦٠ ، ٨٦١ ، أحمد مليجى موسى ، أعمال القضاة - ص ١٥٥ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ١٧ ص ٣١ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٢٧ ،٢٢٨ . وقضى بأن المقصود بكون محل الإلتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابته لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة فى التقدير - نقض ١٨ أبريل ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س١٤ ص ٥٥٤ . كما قضى بأن تعيين مقدار الدين يقصد به ألا يكون الدين قابلاً للمنازعة فيه - الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/١٦ مجموعة النقض السنة ٣٠٥/٤٩/١/٢٢.

لا تنفى إعتبار الدين النقدى معين المقدار [١]، غير أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون مقدار الدين ثابتاً فى سند الدين أو فى ورقة أخرى موقعاً عليها من المدين ، وتقدم مع عريضة الأداء باعتبارها من المستندات المؤيدة للطلب [٢].

أما إذا كان الدين النقدى المطلوب غير معين المقدار ، فلا يجوز للدائن إستصدار أمر أداء به ، وإنما يجب عليه رفع الدعوى للمطالبة به بالطريق العادى وذلك لتحديد مقداره واستصدار حكماً بإلزام المدين بهذا المقدار الذى سيحدده القاضى فى الدعوى [٣].

ويجوز اللجوء لطريق أمر الأداء سواء كان الدين مدنياً أو تجارياً [٤] ،

---

(١) أنظر : عبد الباسط جميعى – مبادئ – ص ٢٧٧ ، أحمد مسلم : أصول المرافعات – بند ٦١٢ ص ٦٤٨ ، فتحي والى – الوسيط – بند ٤١٩ ص ٥٥٨ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة ص ١٥٥.

(٢) أنظر : الطعن رقم ٨٦٧ لسنة ٤٥ق جلسة أول يناير ١٩٧٩ س٣٠ ص ١٠٠ ، ونقض مدنى مصرى ١٩٧٧/١/٣١ سنة ٢٨ الجزء الأول ص ٣١٠ ، وأنظر فى ذلك أيضاً : مصطفى هرجة أوامر الأداء – بند ١٦ ص ٢٧ .

(٣) أنظر أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ٤١ ص ٨٤ . ولذلك لايجوز اللجوء إلى هذا الطريق الإستثنائى إذا كان الدين ناشئاً عن حساب جار قبل إقفال الحساب – محكمة إستئناف القاهرة ٤فبراير ١٩٦٤ المجموعة الرسمية – السنة ٧٤/١١/١/٦٢ ، إستئناف الأسكندرية ٨مارس ١٩٦٢ المجموعة الرسمية السنة ٦٦٥/٢/٦٠. وذلك لأن المبالغ المودعة بالحساب الجارى هى غير معينة المقدار قبل إقفال الحساب – محكمة استئناف القاهرة ١٩٦٣/١/٢١ المجموعة الرسمية السنة ٦١ ص١٢٨ – وأنظر تطبيقات قضائية أخرى فى هذا الشأن : نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٢٣ – مجموعة الخمسين عاماً – بند ٩ص ١٦٢٥ ، الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ المحاماة السنة ١٠٣/١/٤٩. فإذا لم يكن معين المقدار ، فمعني هذا أن القضاء به يحتاج إلى تحقيق كامل – أنظر : فتحى والى – مبادئ – بند ٣٩٦ ص ٦٨٦،الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤١٩ – ص ٨٦٠ . وأنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٦ /١٩٧١/٣ – مجموعة النقض ٢٢ – ٣٠٥ – ٤٩.

(٤) أنظر أمينة النمر – أوامر الأداء – طبعة سنة ١٩٧٥ – ص ٦٩ ومابعدها ، فتحي والى – مبادئ بند ٣٩٦ ص ٦٨٥ ، الوسيط – بند ٤١٩ ص ٨٥٩ ، وراجع أيضاً : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ – الطعن رقم ١٦٩ – لسنة ٣٤ق، ١٩٧١/٣/١٦ – الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٦ق ، ١٩٧٥/٢/٤ – الطعن رقم ٢٧ – لسنة ٤٠ ق ، ١٩٧٩/١/١ – الطعن رقم ٨٦٧ – لسنة ٤٥ق.

ودون نظر إلى السبب المنشئ للحق ، فلايلزم أن يكون هوالعقد [١] ، وبغض النظر عن قيمة الدين ، سواءً كان كبيراً أو صغيراً [٢]، بشرط أن يكون الحق معين المقدار ومحدد النوع ، وذلك حتي لا يحتاج القاضي إلى إجراء تحقيق وعمل مواجهة بين الخصوم .

ويجب لاستصدار أمر الأداء بحق الدائن أن يكون كل هذا الحق ديناً من النقود أو منقولاً معيناً بذاته أو منقولاً من المثليات ، أى معيناً بنوعه ومقداره فإذا كان بعض حق الدائن من غير ذلك ، أى ليس محله نقوداً ، أو منقولاً معيناً بذاته أو مثليات ، فلا يجوز إتباع طريق أوامر الأداء لعدم توافر شروط الإلتجاء

---

(١) أى سواءً كان ناشئا عن العقد أو الإثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع ، أو كان مصدره القانون كالإلتزام بالنفقة ، والتزام الواعد بمبلغ الجائزة متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون لاستحقاقها - أنظر : فتحى والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص ٨٥٥ ، فيلتزم الدائن باستصدار أمر الأداء إذا كانت المطالبة بدين نقدى ثابت فى سند كتابى أيا كان أساس إلتزام المدين بالدين - عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - طبعة ١٩٥٨ - بند ١٩ ص ٣٢ رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٢٤ ص ٧٢٠ ، فتحى والى - مبادئ - ص ٦٨٥ ، الوسيط- بند ٤١٩ ص ٨٥٩ - فلا يشترط أن يكون الحق ناشئاً عن سبب تعاقدى Une cause contrac-tuelle كما يأخذ بذلك القانون الفرنسى فى المادة ١٤٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد . أنظر : VINCENTet GUINCHARD : Procédure civile - 22 - éd - Dalloz , 1991 , No 680 , p .487 .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية - ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٠ ص ١٤٢ ، محمود هاشم - إجراءات التقاضى والتنفيذ - ١٩٨٩ - ص ١٨٠ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١٩ - وقد كان نظام إستيفاء الحقوق الثابتة بالكتابة مقصوراً عند بدء الأخذ به فى قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على الديون الصغيرة التى لاتتجاوز قيمتها خمسين جنيهاً مصرية ، وهى النصاب النهائى للمحكمة الجزئية آنذاك . وكان قصد المشرع من هذا ، تمكين الدائن بدين صغير ، مثل البقال والخباز والفاكهى والترزى والمؤجر أن يستوفى مطلوبه الثابت فى ورقة موقعاً عليها من المدين باجراءات مبسطة بدلاً من رفع الدعوى والتربص حتى الفصل فيها بحكم واجب النفاذ - أنظر : المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فلما رأى المشرع التوسع فى نظام أوامر الأداء ليؤتى الثمرة المرجوة منه ، أدخل عدة تعديلات بالقانونين رقمى ٢٦٥ ، ٤٨٥ لسنة ١٩٥٣ ، إمتد بمقتضاها نظام أوامر الأداء إلى الديون أيا كان مقدارها ، إذ طالما أن الدين ثابتاً بالكتابة وحال الأداء ومعين المقدار ، فإنه يستوى أن يكون مقداره صغيراً أو كبيراً-راجع المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

إلى هذا الطريق ، وإنما يتبع طريق الدعوى ، ويكون موضوعها الطلبات جميعاً ، على أن يكون بين طلبات الدائن إرتباطاً ، ولو كان ارتباطاً بسيطاً يقبل التجزئة يستلزم تحقيقاً للعدالة جمعها في دعوى واحدة والفصل فيها معاً ، وذلك تلافياً لتعقيد الإجراءات وتعدد القضايا وتشتيتها [1] . أما إذا لم يكن بين طلبات الدائن أى ارتباط ، كما لو طالب المؤجر المستأجر بالأجرة المتأخرة ، وبتسليم سيارة معينة إشتراها منه . فإن الدائن يلجأ إلى طريق أمر الأداء بالنسبة للدين النقدى ، ويرفع دعوى بالنسبة للحق الآخر ، والسبب فى هذا ، أن الدين النقدى يكون فى هذه الحالة ديناً مستقلاً قائماً بذاته ، فتتحقق العلة من الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء بالنسبة له [2] ، وحتى لايتخذ المدعى من جمع طلبات لا ارتباط بينها وسيلة لمخالفة التزامه بوجوب اتباع طريق أوامر الأداء بالنسبة لما يكون من هذه الطلبات مبلغاً من النقود ، أو منقولاً معيناً بذاته أو من المثليات[3] ، إذا اتباع طريق أمر الأداء بالنسبة لهذا النوع الأخير من الطلبات يعتبر وجوبياً ،ليس للدائن أن يسلك طريقاً آخر مخالفاً له.

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٧ - ١٩٧٦ - بند ٨ ص ١٤١ ، ط١٠ - ١٩٩١ ص ١٤٣ ، عبد الحميد الوشاحى - أوامر الأداء - ص٣٠ ومابعدها ، رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٢٤ ص ٧١٨ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة ١٩٨٤ - بند ٣٧ ص ٧٧ ، التنفيذ الجبرى - ص ٧٥ ، فتحى والى - مبادئ - بند ٣٩٦ ص ٦٨٠ ، الوسيط - بند ٤١٩ ص ٨٥٩ محمود هاشم - قانون القضاء المدنى - ج٢ - ١٩٨٩ - دار الفكر العربى - بند ٢٢٢ ص٣٦٢ ، القواعد العامة للتنفيذ القضائى - ١٩٨٠ - دار التوفيق للطباعة والنشر القاهرة - ص ١١٩ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١٢ ص ٦٤٠ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ٤٨٦ ص ٦٥٧ ، وأنظر أيضاً : نقض مدني - جلسة ١٩٧٥/١٢/٩ - الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٠ق.

(٢) أنظر : عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ١٥ ، ١٦ ، ٣١ ، رمزى سيف - بند ٥٢٤ ص ٧١٨ ،فتحى والى - الوسيط - بند ٤١٩ ص ٨٥٩ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٢٩ ص٧٣.

(٣) أنظر : عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ١٥ ، ١٦ ، ص ٣١ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٧٠ - بند ٧٩ ص ٧٣ ،فتحى والى - مبادئ بند ٣٩٦ ص ٦٨٥.

وإذا كان التزام المدين بدلياً لايشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمته إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر «مادة ٢٧٨ من القانون المدنى المصرى » وكان أحد الإلتزامين ، الأصلى والبديل ، دفع مبلغاً من النقود ، أو تسليم منقولاً معيناً بذاته ، أو من المثليات ، والإلتزام الآخر أداء شيئاً غير هذا ، وكان الخيار للمدين ، فالدائن لا يجوز له فى هذه الحالة أن يستصدر أمر أداء بالنقود أو بالمنقول المعين بالذات ، أو بالمنقول من المثليات ، وإنما يكون عليه رفع دعوى للمطالبة بحقه ، لأن المدين قد يختار الوفاء بالإلتزام الآخر غير النقود ،أو المنقول المعين بالذات أو من المثليات ، أما إذا اختار المدين الوفاء بالنقود مثلاً، فإنه يكون على الدائن أن يستصدر أمر أداء بدينه النقدى ، لأن الأداء فى هذه الحالة يكون قد تم تحديده باختيار المدين [١].

وإذا كان الإلتزام تخييراً يشمل محله أشياء متعددة ، تبرأ ذمة المدين إذا وفى بإحداها . بحسب اختياره ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك «مادة ٢٧٥ من القانون المدني المصرى » ، وكانت بين الأشياء المتعددة محل الإلتزام التخييرى مبلغاً نقدياً مثلاً ، واختار المدين الوفاء به ، فإنه يجب على الدائن أن يستصدر به أمر أداء فى هذه الحالة ، وكذلك إذا كان الخيار للدائن ، وأراد إستيفاء المبلغ النقدى ، أو كان الخيار لأجنبى ، واختار أداء المدين للمبلغ النقدى ، أما إذا لم يكن الخيار للدائن ، ولم يختر المدين أو الأجنبى حسب الأحوال الوفاء بالنقود ، فلا يطالب الدائن فى هذه الحالة بحقه إلا عن طريق رفع الدعوى بالطريق العادى [٢].

وفى الحالة التى يتغير فيها محل الإلتزام ، ويتحول من تنفيذ عينى - أيا

---

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط٨ - بند ٥٢٤ ص ٧١٩ ، ٧٢٠ ،فتحي والى - الوسيط-بند ٤١٩ ص ٨٦٠ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٣٨ ص ٧٩ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ٤٧٦ ص ٦٥٩ ، أحمد محمد مليجي موسى - أعمال القضاة - ص ١٥٤ ، ١٥٥.

(٢) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط٨ ، ص ٧٢٠ ، بند ٥٢٤ ، فتحى والى - مبادئ - بند ٣٩٦ ص ٦٨٥ ، ٦٨٦ ، الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص ٨٥٩ ، ٨٦٠.

كان محله فى الأصل - إلى تعويض ، أى دفع مبلغاً نقدياً ، نتيجة لاستحالة تنفيذ الإلتزام بغير سبب أجنبى . فإن الدائن لايستصدر أمر أداء بالتعويض المستحق له ، وإنما هو يلجأ إلى القضاء بالطريق العادى لاستصدار حكماً بالمبلغ [(١)]. وتنطبق هذه القاعدة ولو كان من السهل تحديد المبلغ النقدى مقابل التنفيذ العينى . وسبب هذا ، أن تحول التنفيذ العينى إلى تنفيذ بطريق التعويض ، أمراً يرجع إلى تقدير القاضى [(٢)]، ونظام أوامر الأداء يعد استثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعوى إبتداءً بصريح نص المادة ١/٢٠١ مرافعات فيجب حصره فى حدود ما ورد فيه النص [(٣)].

ثانياً : أن يكون حق الدائن ثابتاً بالكتابة : [(٤)]

تنص المادة ٢٠١ من قانون المرافعات المصرى على أن : " إستثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعاوى إبتداءً تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة .... ".

---

(١) أنظر : مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١٩ .

(٢) أنظر : مصطفى هرجة - الإشارة السابقة .

وفى وجوب أن يكون كل المطلوب نقود أو منقولاً معينا بذاته أو من المثليات ، لاستصدار أمر أداء بحق الدائن . راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء - الطبعة الثالثة - سنة ١٩٨٤ - بند ٣٧ ص ٧٦ ومابعدها . وراجع فى تفصيل ذلك : فتحى والى - الوسيط - بند ٤١٩ ص ٨٥٩ ٨٦٠ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ١٦ ومايليه ص ٢٧ ومابعدها .

وحول جواز تطبيق نظام أوامر الأداء إذا كان التزام المدين بالدين النقدى هو دفع عملة أجنبية ومثال هذا ، حالات إلتزام المشروعات الإستثمارية بدفع مرتبات العاملين بها بالنقد الأجنبى وكذلك الأتعاب لمن يؤدون لها خدمات أو أعمالاً .راجع : مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١٩ ، ٢٠ .

(٣) أنظر : وجدى راغب - التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ - بند ٨٧ م ص ١٨١ ، ١٨٢ ،عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٧٦ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٣٧ ص ٧٦ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١١ ص ٦٤٧.

(٤) أنظر فى هذا الشرط بصفة خاصة : رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٢٤ ص ٧٢١ ، عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٥٨ - بند ٢٠ ص ٣٥ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ -ط٨ ص ١٤٦ وما بعدها ، ط١٠ ،١٩٩١- بند ٨٠ ص ١٤٤ ، ١٤٥ ، عبد الباسط جميعى - مبادئ - ص ٣٩٢ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١٢ ص ٦٤٨ ،==

وعلة اشتراط أن يكون حق الدائن ثابتاً بالكتابة ، أن الحق الثابت بالكتابة قل أن يكون محلاً لنزاع ، كما أن الحق غير الثابت بالكتابة يحتاج الأمر فيه إلى إجراء تحقيق يقتضى تكليف الخصم بالحضور أمام القاضى ، مما يقتضى اتخاذ الإجراءات المعتادة للدعوى [١].

والمقصود بوجوب أن يكون الحق ثابتاً بالكتابة ، هو أن يكون الحق ثابتاً فى ورقة رسمية ، أو ورقة عرفية موقعة من المدين [٢] ، فإذا لم يتوافر توقيع المدين على الورقة ، فإنها لاتصلح أساساً لاستصدار أمر أداء ، وإن

== أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٥٠ ص ١٠٤ ، أحمد السيد صاوى - الوسيط - بند ٨٦ ، ص ٦٥٧ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص٣٠ ومابعدها ،عبد الحميد منشاوي - أوامر الأداء ص ٣٠ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٨٨ ومابعدها . وحول طبيعة شرط الكتابة اللازم لاستصدار أوامر الأداء ، وهل يعتبر شرطاً موضوعياً أم شرطا شكليا . راجع : أمينة النمر أوامر الأداء - بند ٥٠ ص ١٠٤ . وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الملغى أن المشرع قد أراد أن يقصر نظام أوامر الأداء على الحالات التي يكون فيها حق الدائن خالياً من المنازعة الجدية بين الخصوم حول وجود الحق أو مقداره أو ميعاد استحقاقه ، ولذلك اشترط لاستصدار أمر الأداء أن يكون الحق ثابتاً بالكتابة ، باعتبار أن الحق الثابت بالكتابة يبعد عن أن يكون محل نزاع جدى . راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩.

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ٥٢٤ ص ٧٢١ ، أحمد أبو الوفا - التنفيذ - بند ٨٠ ص ١٤٤، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٤٧ ص ٩٩ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤١٩ ص ٨٥٥ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٢٨ ، وأنظر أيضاً : نقض ١٩٨٥/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ٢٦ السنة ٥٢ق، ١٩٧٢/٥/٢٣ ، المجموعة ، س ٢٣ ، ص ٩٨١ ، ١٩٧٨/٢/٢٣ - المجموعة الرسمية - بند ١٦ ص ١٦٢٨ ، ١٩٧٩/١/١ - المجموعة الرسمية - بند ١٧ ص ١٦٢٨ .

(٢) سواءً كانت محررة بخطه أو بخط غيره - الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٩ ق جلسه ١٩٦٤/١/٣٠ السنة ١٥/ ٣٠ / ٩٦٦ ، فحجية الورقة فى مواجهة المدين تستمد من هذا التوقيع - الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٥ق - جلسة ٢٣ /١٩٧٨/٢ لسنة ٢٩ / ١١٥ /٥٩٢ . وأنظر أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١٢ ص ٦٤٨.

ويجوز أن تكون الورقة العرفية الثابت بها الحق محررة بأية لغة ، ولو لم تكن باللغة العربية كما يجوز أن تكون مكتوبة باليد أو الآلة الكاتبة أو بالطباعة أو بأية طريقة أخرى . وقد تكون مكتوبة بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بأية مادة كاتبة أخرى - أنظر فى ذلك : مصطفى هرجة أوامر الأداء- بند ٩ ص ١٦.

كانت تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة [١]، ويجب هذا الشرط ولو كان محل الإلتزام لايتجاوز مائة جنية ، مما يمكن إثباته وفقاً للقواعد العامة بالبينة [٢].
كما يجب أن تكون الورقة صالحة للدلالة على الوقائع المنشئة للحق بجميع صفاته ، والتى تبرر إتباع طريق أوامر الأداء ، ولذلك يجب أن يبين من الورقة تأكيد وجود الحق وتحديد مقداره وميعاد إستحقاقه [٣] .

فتثبت الكتابة أن المطلوب نقوداً ومقدار هذه النقود ونوعها ، فإذا كان المطلوب منقولاً ، فمحل الإثبات بالكتابة هو نوع المنقول ومقداره أوذاته، كما تثبت الكتابة إستحقاق الحق المطلوب وقت المطالبة به دون أجل أو شرط ، أوتثبت حلول الأجل ، أو تحقق الشرط إذا كان الحق مؤجلاً أومعلقاً على شرط واقف، فإذا إقتصرت الكتابة على إثبات بعض الشروط اللازمة لاستصدار أمر الأداء ، فلا يتوافر شرط الكتابة الذى يتطلبه القانون للإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء وإصدار الأمر ، ويكون سبيل الدائن إلى المطالبة به هو الطريق العادى لرفع الدعوى ، على أساس أن طريق إستصدار أمر الأداء هو استثناءً من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ، ولا يجوز التوسع فيه [٤].

وفى حالة المحررات المثبتة لإلتزامات يتوقف تنفيذ إلتزام أحد

---

(١) أنظر عبد الحميد وشاحي – أوامر الأداء – طبعة سنة ١٩٥٨ – بند ٢٠ ص ٣٥.

(٢) المادتين ٦٠ ، ٦١ من قانون الإثبات المصرى ، والمعدلتين بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وأنظر: فتحي والى – الوسيط – بند ٤١٩ ص ٨٦١ ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند٤٢ ص ٩٧.

(٣) أنظر : رمزى سيف – الوسيط – ط٨ – ص ٧٢١ ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ – ط٨ ص ١٤٦ ومابعدها ، ط ١٠ – ١٩٩١ – بند ٨٠ ص ١٤٤ ، ١٤٥ ، عبد الباسط جميعي" مبادئ ١٩٨٠ – ص ٣٩٢ ، فتحي والى – الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤١٩ ص ٨٦١ ، محمود هاشم قانون القضاء المدنى – ص ٢٩١ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – ص ١٥٦ ، وراجع أيضاً : نقض مدنى – ٢٣ مايو ١٩٧٢ – مجموعة ٢٣ – ٩٨١ – ١٥٣ ، ٢٣ فبراير ١٩٧٨ – طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٥ ق – مشار لهذين الحكمين فى مؤلف فتحى والى – الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤١٩ ص ٨٦١ الهامش رقم (٥).

(٤) أنظر :أمينة النمر – التنفيذ الجبرى – سنة ١٩٧٧ ، ص ٧٩ ،

المتعاقدين على قيام بتنفيذ إلتزامه ،كما إذا اتفق فى عقد البيع علي أن يقوم المشترى يدفع الثمن بعد قيام البائع بتسليم العين المبيعة ، فإن التزام المشترى بدفع الثمن فى هذه الحالة لايعتبر ثابتاً بالكتابة ، بحيث لايكون للبائع أن يستصدر أمراً على المشترى بأدائه ، وذلك إلا إذا كان بيد البائع دليلاً كتابياً على قيامه بتنفيذ إلتزامه بتسليم العين المبيعة للمشتري (١).

وإذا كان العمل يجرى على المطالبة بالحقوق فى التركة فى المسائل الشرعية بطريق الدعوى إستناداً إلى وجوب يمين الإستظهار ، ولو كانت هذه الحقوق ثابتة بالكتابة ، إلا أن جانباً من الفقه (٢) قد انتقد بحق هذا الإتجاه العملى السابق ، إستناداً إلى أن اليمين المذكورة التي يوجهها القاضى فى المسائل الشرعية فى بعض الحالات لا تجب ، لأن دليل إثبات الحق غير كاف ، فيكمله القاضى بهذه اليمين إحتياطياً . أما إذا كان الدليل كافياً ، بأن كان

= أحمد السيد صاوى – الوسيط – بند ٤٨٦ ص ٦٥٦ ، عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٢٩ .

ومثال هذا ، أن تثبت الكتابة أن الحق المطلوب ديناً نقدياً أو منقولا معينا ، دون أن تثبت
المقدار فى الحالتين ، أو أن تثبت عناصر الحق دون أن تثبت استحقاقه فى الحال – لمزيد من
الأمثلة فى هذا الشأن .راجع : عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٢٨ ، ٢٩ – كمايجب
أن تقطع الكتابة بانتفاء النزاع حول الحق ، فإذا لم تقطع بهذا ، فلا يتوافر الشرط اللازم
لاستصدار أمر الأداء – نقض مدني ٢٦ /١٩٧١/٣ س ٢٢جـ١ ص ٥٠٣ ، محكمة استئناف
القاهرة ١٩٥٩/١١/٢٦ .مشاراًلهذا فى مرجع عبدالحميد منشاوى -أوامر الأداء – ص ٢٩
الهامش رقم (١) . كما أن الكتابة يجب أن تكون كافية بذاتها فى اثبات وجود الحق
واستحقاقه، فإذا لم تكن كذلك ، وكان من الواجب للإحتجاج بها تكملتها بطرق أخرى للإثبات ،
كاليمين أو القرينة . فلا يجوز فى هذه الحالة . الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء للمطالبة بهذا
الحق – أنظر فى هذا : عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء ، ص ٢٩ .

(١) أنظر :رمزى سيف – الوسيط – ط٨ – بند ٥٢٤ ص ٧٢٣ ، أحمد مسلم – أصول المرافعات
بند ٦٠٦ ص ٦٥٦ ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ٥٤ ص ١١٠ – فتحى والى – الوسيط
فى قانون القضاء المدنى – بند ٤١٩ ص ٨٦٢ ، عبد الحميد وشاحي – أوامر الأداء – ص٣٥،
٣٦.

(٢) أنظر فى هذا الرأى : عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٣٠.

الحق ثابتاً بالكتابة ، فلا تجب هذه اليمين ، وعلى هذا ، تكون المطالبة بالحق فى التركة بطريق أوامر الأداء ، وذلك إذا توافرت فى الحق الشروط اللازمة لهذا الطريق إذا كان الحق ثابتاً بالكتابة ، ومثال هذا ، حالات المطالبة بمؤخر الصداق للزوجة فى حالة وفاة الزوج [١].

ثالثاً: وجوب أن يكون حق الدائن حال الأداء : [٢]

لا يكون للدائن وفقاً للقواعد العامة المطالبة بحقه أمام القضاء إلا إذا كان هذا الحق حال الأداء ، أى مستحقاً . وقد استلزم المشرع توافر هذا الشرط للمطالبة بالحق بطريق أوامر الأداء . والسبب فى هذا ، أن الحق فى هذه الحالة يكون محقق الوجود ، وخالياً من النزاع على نحو يسمح باتخاذ الإجراءات والفصل فى المطالبة القضائية ، دون سماع أقوال المدين ودفاعه [٣].

يضاف إلى ذلك أن القانون ينص على وجوب تكليف المدين بوفاء الدين قبل استصدار الأمر « المادة ٢٠٢ مرافعات» ، والتكليف بالوفاء لايكون إلا عن دين حال الأداء ، ولذلك لايجوز استصدار أمراً بالأداء قبل حلول الأجل [٤] كذلك فإنه لاينطبق على أمر الأداء ماهو مطبق بالنسبة للدعوى العادية من أنه

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط ٣ - ١٩٨٤ - ص ١٠٠ .

(٢) فى تفصيل هذا الشرط * راجع : عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ٢٥ ص ٣٧ ، عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٧٧ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٥١ وما يليه ص ١٠٦ وما بعدها ، فتحى والى - مبادئ - بند ٣٩٦ ص ٦٨٦ ، الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص ٨٦٠ ، ٨٦١ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ١٠ ومايليه ص ٢٠ ومابعدها عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - ص ٣٣ ومايليه ، المؤلف - الأوامر القضائية وفقا لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم - ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ . ويلاحظ أن شرط حلول الأداء ماهو إلا شرطاً موضوعياً ، يترتب على تخلفه إمتناع القاضى المختص عن إصدار الأمر ، ويقرر فيه بالرفض ، ويحدد جلسة أمام المحكمة المختصة - مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١١٨ ، عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء ، ، ص ٣٣.

(٣) أنظر : عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ٢٥ ص ٣٧ ، فتحى والى - مبادئ - بند ٣٩٦ ص ٦٨٦ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٣٣.

(٤) أنظر : عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٧٧.

إذا حل الأجل بعد رفع الدعوى ، فإن القاضى ينظر الدعوى رغم ذلك ، ولايحكم بعدم القبول ، وذلك تطبيقاً لمبدأ الإقتصاد فى الخصومة [١]، ولذلك ينبغى أن يكون الحق حال الأداء ، بمعنى أنه غير مؤجل ، أو أن أجله قد حل [٢] ، و ألا يكون معلقاً على شرط ، وإذا كان معلقاً على شرط ، أن يتحقق هذا الشرط

---

(١) أنظر :فتحى والى - مبادئ - بند ٣٩٦ ص ١٨٦ ، الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص٨٦٠.

(٢) أنظر : أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة - ص ١٥٦ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات بند ٦١٢ ص ٦٤٨،

ويحل الأجل بانقضائه ، كما يحل بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته ، وذلك إذا اتجهت إرادته إلى جعل الحق المؤجل لمصلحته مستحق الأداء فوراً ، أما سقوط أجل الإلتزام ، فيكون لأحد الأسباب الواردة فى المادتين ٢٧٣ مدنى مصرى ، ٢٣١ تجارى مصرى ، وهما الإعسار أو الإفلاس ، وفيها يجب لسقوط الأجل صدور حكم بشهر الإفلاس أو الإعسار ، مع مراعاة ما يقرره القانون التجارى فى هذا الصدد . وأخيراً يسقط الأجل بعمل يصدر من المدين يضعف به تأمينات الدين المؤجل ، كالرهن أو الإمتياز ، أو لامتناعه عن تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات كانت هى الدافع على منح الأجل ، فإذا حل الأجل بانقضائه أو بالنزول عنه ، أولسقوطه لأحد الأسباب وكان الأجل واقفا ، فإن الحق المقترن به أو المضاف إليه يصير حقا مستحق الأداء ، فيكون للدائن أن يستصدر به أمر أداء ، إذ له فى هذه الحالة إقتضاء الحق من المدين طوعاً أو كرهاً.

ولا يكون الحق حال الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط ، ويكون الإلتزام مضافاً لأجل وفقاً لقواعد القانون المدنى إذا كان نفاذه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع « م ١/٢٧١ مدني مصرى»، ويكون الأجل فى هذه الحالة أجلاً واقفاً . أو إذا كان يترتب على حلول الأجل إنقضاء الإلتزام وليس نفاذه ،وفى هذه الحالة يكون الأجل فاسخاً - أما الإلتزام المعلق على شرط، فهو الإلتزام الذى يترتب وجوده أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوقوع «م ٢٦٥ مدنى مصرى » ، وقد يكون الشرط كذلك شرطاً واقفاً إذا كان وجود الإلتزام متوقفاً على تحقق الشرط ، أوشرطاً فاسخاً إذا كان زاول الإلتزام هو المتوقف على تحقق الشرط.

فإذا كان الإلتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون للدائن إقتضاء الحق إلا إذا تحقق الأمر المستقبل ، أى الشرط الواقف ففى هذه الحالة يصير الحق ثابتاً ونافذاً وقابلاً للتنفيذ الجبرى «م٦٨ مدنى مصرى » ، فيكون للدائن أن يستصدر أمر أداء بهذا الحق .ويشترط لاستصدار أمراً بالأداء فى الأحوال المتقدمة ، أن تثبت الكتابة حلول أجل الوفاء بالحق ، أو تحقق الشرط المعلق عليه الإلتزام ، وذلك لأن الكتابة يجب أن تنصب على كافة العناصر اللازم توافرها ====

ومن ثم ، يعتبر الحق حال الأداء ، وبذلك يجوز استصدار أمراًبالأداء .

ونتيجة لهذا ، فإنه لايجوز للقاضي المختص بإصدار أوامر الأداء أن يمنح المدين مهلة قضائية للوفاء بالدين [١].

وإذا تعددت إلتزامات المدين فى عقد واحد أو أكثر ،وحل ميعاد الوفاء بها ، فإنه يتعين الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء إذا كان بدفع مبلغ من النقود مثلاً ، أما إذا كانت بعض الإلتزامات هى بدفع مبلغ من النقود والبعض الآخر بشئ غير هذا ، فلا يصح الإلتجاء إلى طريق أوامر الأداء بالنسبة للإلتزام الأول والإلتجاء إلى الإجراءات المعتادة فى رفع الدعوى بالنسبة للآخر، لأن هذا يؤدى إلى تعقيد الإجراءات ، وتعدد القضايا التى رفعت بإجراءات مختلفة إلى محكمة واحدة ، هى التى كان يلزم رفع الدعوى برمتها إليها فى أول الأمر [٢].

= لاصدار الأمر بالأداء ، وذلك كما سبق أن ذكرنا .وقد يثور التساؤل عن حالة اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها ،هل يكون للدائن فى هذه الحالة أن يستصدر أمراً بأداء القسط الذى حل أجله والمبالغ الأخرى التي لم يحل ميعاد دفعها ، ولكن إستحقت لعدم وفاء المدين ؟،لما كان الشرط الجزائى فى هذه الحالة ليس مبلغاً نقدياً معيناً يقدر به التعويض ، وإنما هو تعجيلاً لأقساط مؤجله ، فإن الدائن يستصدر أمر أداء بالقسط الذى استحق أو الأقساط التي استحقت لتحقق الشرط الجزائى ،وهو عدم الوفاء . ويشترط فى هذه الحالة ، أن تثبت الكتابة وجود هذا الشرط فى سند الدين أو ورقة مستقلة . وفى هذه الحالة يكفى وجود كمبيالة أو ورقة مكتوبة لدى الدائن بالقسط المستحق على المدين ، والتي تدل على عدم وفاء المدين بها - أنظر فى هذا الرأى بالتفصيل - أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ ، ص ١١١.

(١) أنظر : عبد الباسط جميعى - مبادئ - طبعة ١٩٨٠ - ص ٣٩٣.

(٢) أنظر : أحمد أبوالوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٠ ص ١٤٢ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٢٨ - ص ٤٦.

حالات الرجوع فى الورقة التجارية التى يصدر فيها الأمر بالأداء:(١)

تنص المادة ٢٠١ مرافعات فى فقرتها الثانية (٢) علي أنه : " ... وتتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الإحتياطى لأحدهم . أما إذا أراد الرجوع علي غير هؤلاء وجب عليه إتباع القواعد العامة فى رفع الدعوى ".

ويستفاد من المادة السابقة أنها قد أوجبت فى فقرتها الثانية إستصدار أمر أداء إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الإحتياطى لأحدهم .

والأصل أن يكون رجوع حامل الورقة التجارية على الملتزمين فيها بالطريق العادى للتقاضى ، أي برفع الدعوى مع مراعاة المواعيد والإجراءات المقررة فى قانون التجارة ، إلا أن المشرع المصرى وفى القانون رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣ قد قرر إتباع طريق أوامر الأداء إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية ويريد الرجوع فقط على المدين الأصلى ، أى على الساحب أو المحرر لها أو قابلها . أما إذا أراد الدائن الرجوع على غير هؤلاء من الملتزمين فى الورقة التجارية ، فإنه يرفع الدعوى وبمراعاة قانون التجارة . وقد أضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إلى حالات الرجوع بطريق أوامر الأداء ، حالات الرجوع على الضامن الإحتياطى للساحب والمحرر والقابل . وقد أكدت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠١ سالفة الذكر ، أنه إذا أراد الدائن الرجوع على غير من ذُكر فى الفقرة السابقة ، فإنه يتعين عليه رفع دعوى مبتدأة ، وعندئذ يجب عليه إتباع أحكام التجارة " من تحرير كمبيالة رجوع ... إلخ (٣).

---

(١) وفى دراسة حالات الرجوع عن طريق أمر الأداء إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية . راجع أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ - بند ٦٠ ومايليه ص ١١٢ وما بعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٣٤ ص ٥٤ ، ٥٥ ، عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - ص ٣٧ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٣١ وما بعدها .

(٢) والمعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى .

(٣) والمقصود بهذا حالات الرجوع على غير المدين الأصلى ، كالرجوع على المظهرين ==

وعلة هذه التفرقة (١) أن التزام المدين الأول والأصيل في الورقة التجارية أو المدين الذى التزم بقبوله أوضمانه الصريح أضعف نسبياً من التزام سائر الموقعين على الورقة التجارية بها وأقل وضوحاً . كما أن الرجوع على غير

= وضمانهم الإحتياطيين ، والرجوع على القابل بالواسطة ، والكفيل الذى يقدم عوضاً عن القبول فى الكمبيالة . أنظر فتحي والى – الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤١٩ ص ٨٦٢ ، عبد الباسط جميعى مبادئ – ١٩٨٠– ص ٣٩٢ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – ص ١٥٨ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء – بند ٢٨ مكرر ص ٤٦ ، عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٣٧ ، ٣٨ ، وأنظر كذلك : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٧٦/١/١٩ ، الطعن رقم ١٣٤ – لسنة ٤١ ق نقض ١٩٦٧/٦/١٥ ، مجموعة النقض السنة ١٨ ص ١٢٧٥. وتنطبق القاعدة الواردة فى المادة ٢٠١ مرافعات أى أن يكون رجوع الدائن بطريق أوامر الأداء على المسحوب عليه القابل – أنظر على البارودى – الأوراق التجارية – ص ١٩٦ – وأيضاً الضامن الإحتياطى له ، وكذلك القابل بالواسطة عن الساحب ، إذ يعتبر بمثابة الضامن الإحتياطى – رمزى سيف – الوسيط – ص ٧٢٢ ، فتحى عبد الصبور – أوامر الأداء – طبيعتها وطرق الطعن فيها – مجلة المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية – س ٦٠ ع ٣ – ص ١١٧٧ ومابعدها ، عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء– ص ٣٩ ، ٤٠ . وتنطبق هذه القاعدة فى الرجوع على الساحب ولو كان قد قدم مقابل الوفاء – أنظر فى هذا المعنى : عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٣٩ . وأنظر كذلك فى نفس المعنى : حكم محكمة إستئناف القاهرة – ٤ فبراير ١٩٦٤ – المجموعة الرسمية السنة ٦٢ العدد ١ رقم ١١ ص ٧٤ – وذلك استناداً إلى إطلاق وصراحة نص المادة ٢٠١ مرافعات . عكس هذا : أمينة النمر – أوامر الأداء – ط٣ – ١٩٨٤ – ص ١١٥ . حيث ترى سيادتها أن الساحب إذا كان قد قدم مقابل الوفاء ، فإنه لا يستصدر أمر الأداء فى مواجهته ، وإنما يتعين رفع الدعوى عليه وفقاً لأحكام القانون التجارى ،وذلك استناداً إلى أن الساحب له أن يتمسك بسقوط حق الحامل فى الرجوع عليه بسبب إهماله فى اتباع الإجراءات التي قررها القانون التجارى ، فلو أجيز للحامل الرجوع بطريق أوامر الأداء على الساحب بصفة مطلقة ،أى سواءً قدم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه أو لم يقدم ،فإن هذا يؤدى إلى إهدار نصوص القانون التجارى فيما يتعلق بالسقوط ، وإذا كانت القاعدة أن إعمال النصوص أولى من إهمالها ، فإن نطاق أوامر الأداء يقتصر فى الكمبيالة على الساحب الذى لم يقدم مقابل الوفاء ، أما إذا كان قد قدم مقابل الوفاء ، فإنه لا يستصدر أمر الأداء فى مواجهته.

(١) أنظر : رمزى سيف – الوسيط – بند ٥٢٤ ص ٧٢١ ، ٧٢٢ ، أحمد مسلم – أصول المرافعات بند ٦١٣ ص ٦٥٠ ،فتحى والى – مبادئ – بند ٣٩٦ ص ٦٨٧ ، الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤١٩ ص ٨٦٢ ، أحمد السيد صاوى – الوسيط – بند ٤٨٦ ص ٦٥٧ ، أحمد مليجى موسى – أعمال القضاة – ص ١٥٧ ، عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء ، ص ٣٧ ، ٣٨ .

الأشخاص الذين حددهم نص المادة ٢٠٢ مرافعات السابقة ، يكون مشروطاً بمواعيد وإجراءات معينة ، منها تحرير بروتستو عدم الدفع وإعلانه ورفع الدعوى في ميعاد معين مما لا يتفق مع الإجراءات المختصرة لنظام أوامر الأداء .

وإذا أراد الدائن الرجوع على أحد الأشخاص الذين ورد ذكرهم في القانون وعلى غيرهم ، فإنه يلزم في هذه الحالة إتباع الطريق العادي في رفع الدعوى بالنسبة للإثنين معاً[١]،وذلك تلافيا لتعدد الإجراءات وتعقدها ، فضلاً عن حماية حق الدائن من السقوط في مواجهة من تخطاهم [٢].

وشرط الرجوع بطريق أوامر الأداء على بعض الملتزمين في الورقة التجارية رجوعاً فردياً هو شرطا موضوعياً ، لأنه يتعلق بالحق موضوع الأداء أي الإلتجاء إلى القضاء بطريق أوامر الأداء ، وعلى هذا ، إذا قدم الدائن عريضة أمر الأداء ولم يتوافر الشرط المتقدم ، فإنه لايجوز للقاضي إصدار الأمر بالأداء وإنما يرفض الطلب ويحدد جلسة لنظر الدعوى بالطريق العادي [٣] ، وإذا أصدر أمر الأداء بالرغم من عدم توافر الشرط على النحو المتقدم ، كما لو أصدره علي المظهر أو الكفيل ، أو أصدره على جميع الملتزمين في الورقة التجارية ، فإنه يكون باطلاً ، وذلك نتيجة لعدم توافر الشروط اللازمة لإصداره قانوناً [٤].

ونظراً لأن طلب أمر الأداء هو رفع دعوي ، ولكن بإجراءات خاصة ، فإنه

---

(١) أنظر : عبد الباسط جميعي - مبادئ - سنة ١٩٨٠ - ص ٣٩٢ ،أمينة النمر - أوامر الأداء-بند ٦١ ص ١١٦ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١٣ ص ٦٥٠.

(٢) راجع في هذا المعنى : أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٦١ ص ١١٦ ،وأنظر أيضاً : نقض مدني ١٩٦٧/٦/١٥ - المجموعة الرسمية - بند ٥ ص ١٢٧٥ - حيث أنه يتبين من المادة ٢٠١ مرافعات أن رجوع الدائن بطريق أوامر الأداء مقصوراً من جهة على بعض الملتزمين فقط في الورقة التجارية ، وهم الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الإحتياطي لأحدهم ، ومقصوراً من جهة أخرى على حالات الرجوع الفردي ، أي الرجوع على أحد المذكورين منفرداً - أنظر في تفصيل ذلك : على البارودي - الوجيز في القانون التجاري - ١٩٨٠- ص ٨٩١ ، أمينة النمر أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٧٥ - ص١٠٦ ومابعدها ، عبد الحميد منشاوي - أوامر الأداء ص ٤٠ ومابعدها ، مصطفى هرجة - بند ٩٩ ص ١٩٤ ، محسن شفيق - الأوراق التجارية - ص ٤٤٨ وما بعدها.

(٣) أنظر :عبد الحميد منشاوي - أوامر الأداء - ص ٤١ ، ٤٢ .

(٤) أنظر : الإشارة السابقة .

يجب لإصدار الأمر بالأداء ، أي لقبول الدعوى وفقاً للقواعد العامة ، أن توجد قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى ، وأن تثبت الوقائع التي تنطبق عليها هذه القاعدة ، ولهذا يجب أن يكون الحق المطالب به محلاً للحماية القضائية (١)، كما يجب ألا تكون الوقائع المعروضة على القاضى مخالفة للوقائع المعروفة التى تعتبر معلومات عامة ، والتى للقاضى أن يستند إليها ، وذلك بصرف النظر عن تمسك المدعى عليه بها ، أو من الوقائع التي يمكن دفعها بدفع للقاضى إثارته من تلقاء نفسه (٢).

ب- الشروط الشكلية :

إذا ما تحققت الشروط الموضوعية السابقة واللازم توافرها لسلوك سبيل أوامر الأداء ، فإن الدائن يتخذ إجراءات معينة ، وهى إجراءات مختصرة ، حيث يتقدم هو أو وكيله إلى القاضى المختص بإصدار أوامر الأداء بعريضة تشتمل على البيانات المطلوبه ،ومرفقا بها المستندات اللازمة ، ودليل التكليف بالوفاء وأية مستندات أخرى يراها الدائن لازمة لتأييد طلبه ، وتقدم العريضة مباشرة إلى القاضى المختص دون أن تعلن للمدين ودون أن يعلم بها ، وينظر القاضى فى طلب الدائن فى غير جلسة ولا يحضر المدعى ولا المدعى عليه أو الكاتب.

أولاً : الإجراءات الواجبة الإتباع لاستصدار أمر الاداء :(٣)

تعتبر الإجراءات الواجبة الإتباع لاستصدار أمر الأداء من حيث المواعيد

---

(١) أنظر : فتحي والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٩٣ - بند ٤١٩ ص ٨٦٠ ، ٨٦١.

(٢) أنظر : فتحى والى - المرجع السابق - ص ٤١٩ ص ٨٦١.

(٣) فى بيان إجراءات إستصدار أمر الأداء . راجع:رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٢٦ ومابعدها ،أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ - ص ١٥٩ ومابعدها ، عبد الباسط جميعى - مبادئ طبعة سنة ١٩٨٠ - ص ٣٩٤ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ سنة ١٩٨٠ - ص١١٥ ومابعدها ، فتحي والى - الوسيط - طبعة سنة ١٩٨٠- ص ٨٩٥ ومابعدها - طبعة سنة ١٩٩٣- بند ٤٢٢ ص ٨٦٥ ومابعدها ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ القضائى - بند ٩٩ ومايليه ص ١٩٤ ومابعدها ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة ═

الواجب مراعاتها وشكل العريضة وبياناتها، والأوراق التى يجب تقديمها والشكل الواجب توافره فى هذه الأوراق شروطاً شكليه لإصدار أمر الأداء [١].

ويترتب على هذا ، أن تخلف هذه الشروط يمنع من إصدار أمر الأداء ، ويكون على القاضى أن يرفض إصدار الأمر دون أن يحدد جلسة ، وذلك إذا توافرت الشروط الموضوعية فى الحق موضوع الأداء،فإذا أصدر القاضى أمر الأداء رغم عدم اتخاذ الإجراءات المطلوبة قانوناً ، أى توافر الشروط الشكلية ، يكون الأمر باطلاً ، فإذا ألغى الأمرالمذكور ، فإن محكمة التظلم ، وكذلك المحكمة الإستئنافية لا تنظر الموضوع ولا تفصل في الحق المطلوب[٢].

وقد أورد المشرع المصرى فى المادتين ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، من قانون المرافعات النص على إجراءات إستصدار أوامر الأداء . فنص فى المادة ٢٠٢ من قانون المرافعات على أن : " على الدائن أن يكلف المدين أولاً بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل ثم يستصدر أمراً بالأداء من قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين أورئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية حسب الأحوال ، وذلك مالم يقبل المدين إختصاص محكمة أخرى بالفصل فى النزاع ويكفي فى التكليف بالوفاء أن يحصل بكتاب مسجل مع علم الوصول ويقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف ".

كما نصت المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات على أن : " يصدر الأمر بالأداء على عريضة يقدمها الدائن أو وكيله يرفق بها سند الدين ومايثبت حصول التكليف بوفاءه ويبقى هذا السند فى قلم الكتاب إلى أن يمضي ميعاد التظلم .

== ص ١٦٠ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٣٦ ومايليه ص ٦٢ ومابعدها ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق علي قانون المرافعات - طبعة سنة ١٩٨٢ - ص ٥٥٠ ومابعدها ،على البارودى - الوجيز فى القانون التجارى - طبعة سنة ١٩٦٦ - ص ١٦٧ ومابعدها.

(١) أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية بند ٦٦ ص ١٢٤ وما بعدها ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٤٤.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك : عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٤٤.

ويجب أن تحرر العريضة من نسختين متطابقتين وأن تشتمل على وقائع الطلب وأسانيده واسم المدين كاملاً ومحل إقامته وترفق بها المستندات المؤيدة لها وأن يعين الطالب فيها موطناً مختاراً له فى دائرة اختصاص المحكمة فإن كان مقيماً فإن هذه الدائر ة تعين عليه إتخاذ موطن مختار فى البلدة التى بها مقر المحكمة.

ويجب أن يصدر الأمر على إحدى نسختى العريضة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تقديمها وأن يبين المبلغ الواجب أداءه من أصل وفوائد أو ما أمر بأدائه من منقول حسب الأحوال ، وكذا المصاريف ".

وبالاضافة الى هاتين المادتين ، فقد ذكرت المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات أنه : " ولا يقبل من الدائن طلب الأمر بالأداء إلا إذا كات العريضة مصحوبة بما يدل على أداء الرسم كاملاً .

على أنه فى أحوال الحجز المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢١٠ تحصل من الدائن ربع الرسم عند طلب توقيع الحجز والباقى عند طلب الأمر بالأداء وبصحة الحجز "(١).

تكليف المدين بالوفاء (٢) :

يستلزم المشرع المصرى لاستصدار أمرالأداء أن يقوم الدائن أولاً بتكليف المدين بالوفاء بالحق المطلوب قبل أن يتقدم بطلب استصدار الأمر ، وذلك بقصد تنبيه المدين إلى أنه إذا لم يبادر بالوفاء بالتزامه ، فسوف يستصدر

---

(١) فى الحجوز بمقتضى دين تتوافر فيه شروط أمر الأداء. راجع : عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ١٢٩ ومابعدها ، وأنظر أيضاً : نقض ١٩٨٩/٦/٢١ طعن رقم ٢٣٥٣ لسنة ٥٧ قضائية ، ١٩٨٨/٣/٢٧ طعن رقم ٨٦٨ لسنة ٥٤ قضائية ، ١٩٨٤/٢/٢٨ طعن رقم ٤٩٣ لسنة ٤٩ قضائية ، ١٩٧٩/٣/٧ سنة ٣٠ العدد الأول ص ٧٣٦ ، ١٩٧٧/٣/٢٨ سنة ٢٨ ص ٨٠١ ، ١٩٧٧/١/٥ الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٤٢ قضائية .

(٢) فى شكل التكليف بالوفاء وبياناته . راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - بند ٦٧ ومايليه ص ١٢٦ وما بعدها ، ط ٣ - ١٩٨٤ - بند ٦٩ ومايليه ص ١٣٠ ومابعدها ،عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٤٦ وما بعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم - ص ٢٣٩ وما بعدها.

الدائن ضده أمراً بأداء حقه يمكنه من التنفيذ الجبرى ، وبهذا التكليف تتاح للمدين فرصة التنفيذ الإختيارى للإلتزام وأداء حق الدائن ، وتفادى المطالبة به أمام القضاء . فالغاية من التكليف بالوفاء قبل استصدار أمر الأداء فضلاً عن نفى شبهة التسامح عن الدائن بالمطالبة بالحق ، هى تجنب المفاجأة فى التقاضى بالنسبة للمدين ، وذلك باستصدار الأمر عليه فى غيبته دون سماع أقواله ، بينما قد يكون راغباً فى الوفاء به تفادياً لإجراءات المطالبة القضائية بالحق[١]. فضلاً عن أن التكليف بالوفاء يقصد به كذلك تمكين المدين من المنازعة فى استصدار أمر الأداء إذا تخلفت الشروط اللازمة لإصداره ، وبهذا يمتنع إصدار أمر الأداء لتخلف شرطاً أساسياً لإصداره ، وهو أن يكون الحق المطلوب غير متنازع عليه [٢].

والمستفاد من نص المادة ٢٠٢ من قانون المرافعات ، أن القانون قد أوجب على الدائن أن يكلف المدين بوفاء الدين قبل أن يتقدم بالعريضة التي يطلب بها إستصدار الأمر بالأداء ، وأن يمهله خمسة أيام علي الأقل ، بمعنى أنه يجب أن يمضى بين التكليف بالوفاء وبين تقديم العريضة خمسة أيام علي الأقل وذلك بقصد التعجيل بحصول الأفراد على حقوقهم [٣] ، وفى ذلك تنص المادة ٢٠٢ مرافعات مصرى على أنه: " على الدائن أن يكلف المدين أولاً بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل ثم يستصدر أمراً بالأداء .... " . ويمكن منح المدين ميعاداً أطول ، علي أنه إذا مر وقتاً طويلاً على التكليف ، فإنه يجب تجديده قبل طلب أمر الأداء ، وذلك لأن مرور وقتاً طويلاً ، يجعل القاضى

---

(١) أنظر : عبد الباسط جميعى - مبادئ - سنة ١٩٨٠ - ص ٣٩٤ ، أمينة النمر - أوامر الأداء ص ١١٥ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ ،ص ٨٦٦ ، أحمد مليجى موسى - أعمال القضاة ص١٦٠ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٤٥ ، ٤٦.

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ١٤٧ هامش رقم (٣) ، عبد الحميد منشاوى أوامر الأداء - ص ٤٦ .

(٣) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط ٨ - ص ٧٢٦ . ويحتسب ميعاد التكليف بالوفاء وفقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥ مرافعات مصرى . أنظر فى بيان ذلك : عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٥١ ، ٥٢ .

يتشكك ويرفض اصدار الأمر [١]. ويعتبر قيام الدائن بتكليف المدين الوفاء بالحق قبل تقديم عريضة الأداء بخمسة أيام . شرطاً شكلياً لإصدار أمر الأداء فإذا لم يتوافر شرط التكليف بالوفاء ،فلا يصدر القاضى أمر الأداء بسبب عدم إتخاذ الإجراءات وانتفاء الشروط الشكلية . فإذا أصدر القاضى أمر الأداء ،فإنه يكون باطلاً لعدم توافر شرطاً شكلياً لازماً. فإذا تظلم المدين من هذا الأمر وألغته محكمة التظلم ، فإنها تقتصر على الإلغاء ، ولا تفصل فى المطالبة بالحق موضوع الأداء ، كماهو الشأن فى حالات إلغاء أمرالأداء لتخلف الشروط الشكلية [٢].

ولم يستلزم المشرع إجراء التكليف بالوفاء علي يد محضر خلافاً للقاعدة العامة فى إعلان الأوراق القضائية «المادة ٦٥ من قانون المرافعات المصرى» والتى تستوجب أن يكون كل إعلان أو تنفيذ بواسطة المحضرين . وإنما اكتفى بأن يجرى هذا التكليف بكتاب مسجل مع علم الوصول [٣]. كما أنه قد

---

(١) أنظر : عبد الباسط جميعى - مبادئ - ص ٣١٧ ، فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٢ ص ٨٦٦ .

(٢) أنظر : عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٥٣ . ويعتبر تكليف المدين تكليفاً صحيحاً شرطاً لصدور الأمر وليس شرطاً لصحة العريضة ، ولهذا فإن عدم القيام به أو بطلانه ، لا يؤدى إلى بطلان العريضة ذاتها ، لأن البطلان وقع فى ورقة التكليف ، وهى سابقة على العريضة ذاتها أنظر فى هذا : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٢ ص ٨٦٦ - الهامش رقم (١) ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ص ١٣٠ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٣٩ ص ٦٤ ، ٦٥ عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٥٣ ، ٥٤ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى ١٩٧٩/٢/٢٧ طعن ٨٥٤ لسنة ٤٤ق ، ١٩٧٨/٤/١٧ طعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ قضائية ١٦ /١٩٧٤/٦ س٢٥ ، ص ١٠٨٢ ، ١٩٧١/٦/٢٤ سنة ٢٣ ص ٨١٨ ، ٦٩/١١/٢٠ فى الطعن رقم ٣٨٠ لسنة ٣٥ق ، ١٩٦٩/١٠/٢١ الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٣٥ق.

(٣) حيث تنص المادة ٢٠٢ من قانون المرافعات على أنه : " ... ويكفى فى التكليف بالوفاء أن يحصل بكتاب مسجل مع علم الوصول ويقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف " . ومفاد هذا النص أنه - وتيسيراً على الدائن - فقد اكتفى المشرع أن يتم التكليف بكتاب مسجل بعلم الوصول ، فلا يجب أن يتم وفقا للقواعد العامة بواسطة المحضر . أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط ٣- ١٩٨٤ - بند ٦٩ ومايليه ص ١٣٠ ومابعدها .

اعتبر بروتستو عدم الدفع تكليفاً بالوفاء[١]، وكذلك توقيع الحجز وفقاً للمادة ٢١٠ مرافعات مصرى،[٢] ولا يعنى هذا منع إجراء التكليف على يد محضر وفقاً للقاعدة العامة [٣]، فضلاً عن إجراء التكليف

= فتحى والى – الوسيط – بند ٤٢٢ ص ٨٦٦ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء – بند ٣٩ ص ٦٤.

(١) فمن المقرر أنه وبالنسبة للمطالبة بناءً على ورقة تجارية ، فإن بروتستو عدم الدفع يقوم مقام التكليف بالوفاء ، ويتضح ذلك من نص المادة ٢٠٢ مرافعات ، والتى تنص على أنه: " ... يقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف " ، وذلك رغبة من المشرع فى التيسير على الدائن . أنظر فى تفصيل ذلك : أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ٧١ ص ١٣٤ ، محسن شفيق – الأوراق التجارية – بند ٤٥٣.

(٢) كذلك يقوم مقام التكليف بالوفاء توقيع حجز ما للمدين لدى الغير ، أو حجزاً تحفظياً سابقاً على تقديم أمر الأداء . أنظر فى ذلك : عبد الباسط جميعى – مبادئ – طبعة سنة ١٩٨٠ – ص ٢٧٩، أمينة النمر – أوامر الأداء – ص ١٢٣ ، فتحى عبد الصبور – المجموعة الرسمية السنة ٢/٦٠ – ص ٥٣٧ ، وراجع حكم محكمة القاهرة الإبتدائية فى ١٩٦٧/١١/٢٧ المحاماة السنة ١٥٦/٢٧٩/٤/٤٩ .

(٣) أنظر أحمد مسلم – أصول المرافعات – بند ٦١٦ ص ٦٥٤ ، والذى يفضل سيادته أن يتم التكليف دائما على يد محضر بالنظر إلى قسوة نظام أوامر الأداء على المدين ، أمينة النمر أوامر الأدء – بند ٧٦ ص ١٤١ ، حيث ترى سيادتها أن تكليف المدين بوفاء الدين على يد محضر يكون أفضل بالنسبة للدائن ، لأنه يعتبر إعذاراً للمدين بقطع التقادم ، ويؤدى إلى سريان الفوائد لصالح الدائن ، بعكس الخطاب المسجل بعلم الوصول ، والذى لايرتب هذه الآثار. وأنظر كذلك فى عدم وجود ما يمنع الدائن من إجراء التكليف بالوفاء على يد محضر : فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدني – بند ٤٢٢ ص ٨٦٦ والمراجع المشار إليها ، أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ ص ١٥٩ ، الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٣ق جلسة ١٩٧٠/٢/١١ السنة ٢٧٧/٤٥/٢ مصطفى هرجة – أوامر الأداء – بند ٣٩ – ص ٦٤ وما أشار إليه من أحكام محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد .

وإذا تم التكليف بالوفاء على يد محضر ، فليس من شك فى أنه يكون إعذاراً وفقاً للمادة ٢١٩ إذ يتم فى هذه الحالات بورقة رسمية ، وهى شرطاً فى الإنذار أو الإعذار ، أما إذا أجرى التكليف بالوفاء بخطاب مسجل ، فلا يستقيم القول بأنه إعذاراً ، لأن الورقة غير الرسمية لا تقوم مقام الإنذار فى المسائل المدنية ولو كان خطاباً مسجلاً ،وذلك باستثناء حالتى وجود إتفاقاً بين الدائن والمدين على أن الورقة غير الرسمية تكفى فى هذا الشأن ، وأن تكون المسألة تجارية ، فتكفى الورقة غير الرسمية وفقاً للعرف التجارى. =

بالطرق الأخرى [١].

ولم يتطلب المشرع بيانات معينة فى التكليف بالوفاء ، ويستثنى من هذا أن يجرى التكليف بالوفاء بورقة من أوراق المحضرين ، ففى هذه الحالة يتعين توافر بيانات هذه الأوراق.

فالمشرع لم يستلزم في التكليف بالوفاء شكلاً معيناً ، بل اكتفى باتمامه بخطاب عادى ، ويتوافر التكليف أيا كان مفهومه ، طالما كان واضح الدلالة على نية الدائن فى الحصول على حقه [٢] ، غير أنه يشترط أن يكون التكليف بذات الحق الوارد فى عريضة الأمر أو أكثر منه ، فإذا كلف الدائن المدين الوفاء بجزء من الحق ، واستصدر أمراً بأداء الحق كله ، فإن أمر الأداء يكون باطلاً

== أنظر فى هذا : السنهورى - الوجيز - ص ٧٩٢ ، إسماعيل غانم - آثار الإلتزام - ص ١٢٦ عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٥٢ ، ٥٣ - ويذهب البعض إلى اعتبار التكليف بالوفاء إنذاراً أو إعذاراً للمدين بصفة مطلقة ، أى فى أى صور يتخذها ،ولو كان بخطاب مسجل بعلم الوصول - أنظر فى هذا الرأى : عبد الحميد وشاحي- أوامر الأداء - ص ٥٥.

وإذا كان التكليف بالوفاء إعذارا ، إلتزام المدين بالتعويض عن التأخير فى تنفيذ الإلتزام ، إذا كان محل إلتزام المدين أداء منقولات من وقت إجرائه ، وليس من وقت تقديم عريضة الأداء - أمينة النمر - أوامر الأداء - ص ١٤٢ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٥٣.

(١) كما يمكن ثبوت التكليف بالوفاء عن طريق صحيفة دعوى باطلة ، حيث يعتبر تكليفاً بالوفاء رفع دعوى بإجراءات باطلة ، إذ تتحول الصحيفة الباطلة إلى تكليف بالوفاء . إذ المهم أن يعلم المدين بأية صورة قانونية أنه مكلفاً بالوفاء ، وأن الدائن يطالبه بذلك - أنظر فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى - مبادئ - ص ٣٩٥ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ ص ٨٦٦ . وإذا سبق إقامة دعوى للمطالبة بذات الدين موضوع أمر الأداء ، وانقضت بعدئذ دون حكم فى موضوعها ، جاز اعتبار صحيفتها المعلنة إلى المدين بمثابة تكليفاً بالوفاء ، ويغنى عن إعادته عملاً بالمادة ٢٠٢ من قانون المرافعات المصرى - راجع فى ذلك : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ - ص ١٦١.

(٢) أنظر : المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٤٣ - وعلى الدائن أن يثبت حصول التكليف بالوفاء. أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ - ص ١٩٥٩ ومابعدها ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ١٩٨٠ - ص ٥٥٠ ،مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ٦٧ ، وأنظر أيضاً : نقض مدني مصرى ، جلسة ١٩٧٠/٢/١١ فى الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٣٢ق.

بالنسبة للجزء من الحق الذى لم يكلف المدين الوفاء به [١]، بمعنى أنه يشترط أن يتطابق المبلغ المبين فى التكليف بالوفاء مع مطلوب الدائن ، فلا يجوز أن يحصل الوفاء بأداء مائة جنية مثلاً ، ثم يستصدر الدائن أمراً بمائتين ، وإنما يجوز أن يستصدر الدائن أمراً بأقل مما ورد فى التكليف بالوفاء [٢].

تقديم طلب استصدار أمر الأداء ومرفقاته :[٣]

بعد أن يتم تكليف المدين بالوفاء بحق الدائن يتقدم هو أو وكيله[٤] بعد انقضاء خمسة أيام على الأقل من تاريخ استلام المدين للتكليف بطلب إستصدار أمر الأداء ، وذلك وفقاً للإجراءات المحددة فى المواد ٢٠٣ مرافعات وما بعدها فيحرر الطالب عريضة من نسختين متطابقتين ، أى تشتمل كل منهما على ذات البيانات التي تشتمل عليها الأخرى . ويتقدم بها إلى قلم كتاب المحكمة المختصة ، دون أن تعلن للمدين ، ودون أن يعلم بها [٥] .ويصدر القاضى قراره فى طلب الأداء على إحدى نسختى العريضة وتحفظ فى المحكمة . أما النسخة الثانية فتسلم إلى الطالب متضمنة صورة من قرار القاضى ليتخذ الدائن الإجراءات اللازمة بشأنها .

ويستفاد من نص المادة ٢٠٣ مرافعات مصرى ، أن المشرع قد جعل من العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء بديلا لورقة التكليف بالحضور ، وبها

---

(١) أنظر : أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٧٥ - ص ١٢٠.

(٢) أنظر : مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ٦٧.

(٣) فى تقديم طلب إستصدار أمر الأداء ومرفقاته .راجع : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ بند ١٧٨ ومايليه ، ص ١٤٦ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ ص ٨٦٧ ومابعدها مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٤٦ ص ٧٧ ، ٧٨ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٥٥ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٤٥ ومابعدها.

(٤) ولايشترط توكيلاً خاصاً للمحامى عند تقديم طلب استصدار أمر الأداء - أنظر :نقض ١٩٦٩/١١/١١ سنة ٢٠ ص ١١٨٠.

(٥) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط٨ - ص ٧٢٧.

تتصل الدعوى بالقضاء [١] ، وترتب كافة ما يترتب على رفع الدعوى من آثار [٢] ، وذلك من وقت تقديمها - أي عريضة الأداء - إلى قلم كتاب المحكمة المختصة ، وليس من وقت صدور الأمر [٣] ، ولهذا يترتب على تقديم

---

(١) فإذا كان عمل القاضى الذى يصدر فى شكل أمر الأداء يتجسد فى تأكيد قضائى بوجود حق للدائن يصدر على أساسه إلزام المدين بأداء الإلتزام ، فإنه يترتب على ذلك ، أن المطالبة بهذه الحقوق، والتى تتخذ شكل العريضة تكشف عن تمسك الطالب بحقوقه ورغبته فى حمايتها قضائياً . ومؤدى ذلك هو إعتبار العريضة بمثابة مطالبة قضائية يترتب عليها ما يترتب على المطالبة من آثار إجرائية وموضوعية . فالعريضة تعتبر بديلة عن صحيفة الدعوى ، وعن طريقها تتصل المطالبة بالقضاء - أنظر فى هذا المعنى : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ ١٩٩١ - بند ٨٣ م ص ١٦٠ ، بند ٨٧ م ص ١٩١ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٦٥ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - ص ٢٨٥ - بند ١٥١ .وأنظر كذلك: نقض مدني مصرى ١٩٨٩/٣/٢٨ رقم ١٩١٣ سنة ٥٦ قضائية ، ١٩٨٤/٥/٣ طعن رقم ١٢٧٥ لسنة ٥٠ قضائية ، ١٩٨٠/٢/١٣ الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ قضائية ١٩٧٩/٢/٢٧ الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٥/٦/٢٥ - ٢٦ - ١٢٩٢ ١٩٦٩/١١/٢٠ - المجموعة ٢٠ - ١٢٢٠ ، ١٩٦٩/١١/٦ المجموعة ٢٠- ١١٧٠.

(٢) أنظر فى هذه الآثار بصفة عامة : رمزى سيف - الوسيط - التنفيذ - ط٦ - بند ١٢٨ ، فتحى عبد الصبور - بحث طبيعة أوامر الأداء والطعن فيها - المحاماة - السنة ٣٨ - ص ٤٣٧ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ -١٩٩١ - بند ٨٣م - ص ١٦٠ ومابعدها، بند ٨٥ ، بند ٨٧م ص ١٩١ ،وجدى راغب - مبادئ - ص ٧١٤ ، أحمد مسلم-أصول المرافعات - بند ٦١٨ ص ٦٥٦ ، إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - جـ١ - بند ٢٣٢ ، ٢٣٧ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٧٠ - بند ٧٤ ، طبعة سنة ١٩٨٤ - ص ٢٩ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط بند ٢٦٥ ، عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٦٥ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر القضائية - ص ٢٥٣ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصري ١٩٨٠/٢/١٣ فى الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٦ق ، ١٩٧٥/٦/٢٥ - المجموعة ٢٦- ١٢٩٢.

(٣) أنظر فى هذا المعنى : أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٧ مكرر ص ١٩١ ، ١٩٣ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصري ١٩٦٩/١١/٦ س ٢٠ ع ٣ ص ١١٧٠ ، ١٩٧٨/٤/١٧ س ٢٩ ص ١٠١٥ ، ١٩٦٩/١٠/٢٠ س ٢٠ ع٣ ص ١١٣٨.

طلباً لاستصدار أمر الأداء ، قطع التقادم السارى لمصلحة المدين، وذلك بالنسبة للحق محل الطلب[١]، وسريان الفوائد التأخيرية بالنسبة للدين النقدى [٢] .

(١) أنظر فى هذا المعنى : رمزى سيف - الوسيط - ص ٦٠٧ ، فتحى عبدالصبور - المجموعة الرسمية - السنة ٦٠/٣/١١٨٢ ، عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - بند ٩١ ص ١٢٢،أحمد أبوالوفا - إجراءات التنفيذ - بند ٨٣م ص ١٦٠ ، أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١٨ ص ٦٥٦ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ط ١٩٧٥ - بند ٧٤ ص ١٣٧ ، فتحى والى - الوسيط بند ٢٢٢ - ص ٨٦٩ ، أحمد ماهر زغلول - آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - بند ٦٢ ٨٦ ومابعدها ، أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٥١ ص ٢٨٥ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٦٥ ، ٦٦ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى ١٩٧٥/٦/٢٥ - الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤١ ق ، ١٩٧٤/٤/١٦ - المجموعة ٢٣-١٠٨٢ ، ١٩٦٩/١١/٢٠ - المجموعة ٢٠ ١٢٢٠ ، ١٩٦٩/١١/٦ - المجموعة ٢٠ - ١١٧٠.

ويورد بعض الفقه قيداً على أثر عريضة الأداء فى قطع التقادم . فالأصل وفقاً للمادة ٣٨٣ مدنى مصرى أن هذا الأثر يترتب بوجه عام على المطالبة القضائية الصحيحة ، حتى ولو قدمت إلى محكمة غير مختصة - ولا تنطبق هذه القاعدة - وفقاً لهذا الفقه - فى خصوص عريضة الأداء فالعريضة لاتنتج أثرها فى قطع التقادم إذا قدمت إلى قاضى غير مختص ، وذلك استناداً إلى أن قاضى الأداء غير المختص لا يحيل الدعوى بعد الحكم بعدم الإختصاص إلى المحكمة المختصة خلافاً للمحكمة التى ترفع إليها الدعوى بالإجراءات العادية ، أمينة النمر - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٧٥ - بند ٧٤ ص ١٣٧ ، **عكس هذا** : فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ ص ٨٦٩ حيث يرى سيادته أن نص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى المصرى ، هو نصاً عاماً يسرى على المطالبة أيا كانت إجراءات تقديمها أو نظرها ، وبالتالى يسرى على طلب أمر الأداء. أنظر هذا الرأى معروضاً فى : أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى - ص ٣٤٣ - الهامش رقم (١).

ومن جهة أخرى ، إذا انقطعت مدة التقادم للحق المطالب به ، والسارية لمصلحة المدين بتقديم عريضة أمر الأداء ، فإن هذا الأثر يبقى ما بقيت المطالبة القضائية قائمة ، فإذا رفضت هذه المطالبة يزول أثر العريضة فى قطع التقادم ، وتبدأ مدة تقادم جديدة للحق ، وإذا رفض القاضى إصدار أمر الأداء لعدم توافر شروطه ، وحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة ، فإن المطالبة القضائية بالحق تظل قائمة أمام القضاء ، ويبقى ما ترتب عليها من آثار، ومن بينها قطع التقادم ، أما إذا كان قرار القاضى برفض إصدار أمر الأداء بسبب عدم توافر الشروط الشكلية ، أى اتباع الإجراءات المطلوبة ، فإن قرار القاضى برفض إصدار الأمر دون تحديد جلسة ، يزيل أثر العريضة فى قطع التقادم ، نقض مدنى مصرى ٢١/١٠/١٩٦٩ - الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٣٥ ق.

(٢) أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٦١٨ ص ٦٥٦ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ ، بند ١٥١ ص ٢٨٥ ، عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٦٧ ٦٨.

ويجب أن تتضمن العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء كافة البيانات الجوهرية التي يتعين أن تتوافر فى صحيفة افتتاح الدعوي ، وفقاً للمادة ٦٣ مرافعات مصرى [١] ، وعملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ مرافعات ، فإنه يجب أن تشتمل العريضة التي تقدم لاستصدار الأمر بالأداء على اسم الدائن ولقبه ومهنــته أو وظيفته ومحل إقامته ، وغير ذلك من البيانات التى تحدد الدائن ، وتنفى الجهـالة به [٢] ، ويجوز لوكيل الدائن أن يقدم عريضة أمر

== ولما كانت عريضة أمر الأداء بديلة لصحيفة الدعوى ، فالدائن يستحق الفوائد عن تأخير المدين في الوفاء بالدين النقدى من تاريخ تقديم عريضة أمر الأداء ، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى المصرى ، فإذا كان الحق المطلوب فى عريضة أمر الأداء تسليم منقولاً معيناً أما إذا كان محل التزام المدين غير النقود ، فالمدين يلتزم كذلك وفقاً للقانون المدنى بتعويض الدائن عن التأخير فى تنفيذ الإلتزام من وقت تقديم عريضة الأداء .غير أن هذا التعويض هو تعويضاً قضائياً يخضع لتقدير المحكمة ، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ويكون على الدائن إثبات عناصر إستحقاقه . ولهذا فإن القضاء للدائن بالتعويض المذكور لايتأتي فى نظام أوامر الأداء ، وسلطة القاضى فى إصدار الأمر فى غياب الأشخاص ودون سماع دفاعهم وأقوالهم والسماح لهم بالإثبات. أنظر فى بيان ذلك : عبدالحميد منشاوى – أوامر الأداء ص ٦٧ ، ٦٨. وتطبيقاً لهذا ، ليس للدائن أن يطالب بطريق الأداء بالتعويض عن تأخير المدين فى تسليم المنقول ، فضلا عن طلب المنقول ، لأن بعض المطلوب فى هذه الحالة ، وهو التعويض لا تتوافر فيه شروط أوامر الأداء. فإذا تقدم الدائن بمثل هذا الطلب ، فالقاضى يرفض إصدار أمر الأداء ويحدد جلسة.

كما لا يكون للدائن أن يطالب بالمنقول المعين بذاته أو بنوعه ومقداره بطريق أوامر الأداء ، ويطالب بالتعويض بطريق الدعوى ، وإنما يرفع دعوى للمطالبة بهما معاً ، وذلك لاحتمال المنازعة فى الأداء بسبب تعدد طلبات الدائن .راجع فى هذا : أمينة النمر – أوامر الأداء – ط٣ – ١٩٨٤ ص ١٧٣.

(١) أنظر : نقض مدنى – جلسة ١٩٧٨/١/٤ فى الطعن رقم ٢١١ – لسنة ٤٤ ق.

(٢) أنظر : رمزى سيف – الوسيط – ص ٧٢٨ ومابعدها ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١/٤ فى الطعن رقم ٢١١ لسنة ٤٤ ق. وقارن : مصطفى هرجة – أوامر الأداء – ص ٧٤ – حيث يذهب سيادته إلى أنه لا يشترط بيان محل إقامة الطالب فى عريضة الأمر ، لأن هذا يعد تزيداً لا يتطلبه المشرع.

وإذا لم يذكر إسم الدائن فى عريضة الأمر بالأداء ، فإنها تكون باطلة . أمينة النمر – أوامر الأداء ص ١٣٨ ومابعدها . ومع ذلك إذا كان توقيع الدائن على العريضة لا يظهر واضحاً ، ==

الأداء[1]، سواء كان وكيلاً عاماً أو خاصاً ، وفي هذه الحالة ، يذكر الوكيل اسمه كاملاً وصفته ، ولايلتزم بتقديم سند التوكيل ، كما يجوز للوكيل أن يقدم عريضة الأداء باسم الدائن ، ولو لم يكن بيده توكيلاً عند استصدار أمر الأداء . وإذا كان التوكيل لاحقاً على هذا ، فلا يؤثر على أمر الأداء ، متى أقر صاحب الشأن بهذه الوكالة ولم ينكرها [2] ، كما يجوز للفضولي أن يتقدم باسم الغير بعريضة الأداء للمطالبة بحق الدائن إذا كان الحق مهدداً ، كما لو كان عرضة للتقادم[3].

ويستلزم المشرع أن يقع الموطن المختار للطالب في دائرة اختصاص المحكمة التي قدمت إليها عريضة أمر الأداء « المادة ٢٠٣ /٢ مرافعات مصرى » [4] ، فإذا اكتفي الطالب بذكر الموطن الأصلي له ، وكان واقعاً في دائرة اختصاص المحكمة التي قدمت إليها عريضة الأداء ، فإنه يعلن فيه بجميع الأوراق التي كان سيعلن بها في الموطن المختار [5].

أما إذا لم يكن الموطن الأصلي للطالب في دائرة اختصاص المحكمة فعلى الطالب أن يتخذ موطناً مختاراً له في دائرة اختصاص المحكمة ، كمكتب

== فلا تكون باطلة لإمكان تكملة البيانات من ذات العريضة ، فتتحقق بذلك الغاية من الشكل المطلوب ، وكذلك إذا كان إسم الدائن واضحاً في سند الدين المرفق بالعريضة لتحقق الغاية أيضاً أنظر : المؤلف – الأوامر القضائية – ص ٢٤٦.

(١) أنظر : عبدالحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٥٧ ، وأنظر أيضاً : نقض مدنى جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن رقم ٣١١ لسنة ٣٥ ق.

(٢) أنظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ١٩٦٥/١١/١١ والمشار إليها في الهامش السابق.

(٣) أنظر : عبدالحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٥٧.

(٤) عكس ذلك : رمزى سيف – الوسيط – بند ٥٦٤ ص ٧٣٣ ، ٧٣٤ ، حيث يرى سيادته أنه لايلزم أن يتخذ الدائن الموطن المختار في دائرة اختصاص المحكمة ، بل يكفى أن يتخذه في المدينة التي بها مقر المحكمة ، ولو خارج دائرة إختصاصها.

(٥) أنظر : مصطفى هرجة – أوامر الأداء – ص ٧٥ ، المؤلف – الأوامر القضائية وفقاً لقانون المرافعات – ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، رمزى سيف – الوسيط – بند ٥٦٤ ، ص ٧٣٣ ، ٧٣٤ ، أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ٦٤ ص ١٢٨ ، فتحي والي – الوسيط – ١٩٩٣ – بند ٤٢٢ – ص ٨٦٧ عكس هذا : عبدالحميد وشاحي – أوامر الأداء – طبعة سنة ١٩٥٨ – بند ٥١ ص ٦٥ ==

محام أوغيره ، ولايترتب على تخلف ذكر الموطن المختار للطالب فى عريضة الأداء ، بطلان العريضة وأمر الأداء الصادر عليها ، لأن المشرع قد نظم الجزاء فى حالة عدم تحقق الشكل فى المادة ١٢ مرافعات مصرى، إذ جعل الإعلان فى قلم كتاب المحكمة فى حالات عدم اختيار الموطن .

كما يجب أن تشتمل عريضة الأمر على إسم المدين كاملاً ، ومحل إقامته على نحو ناف للجهالة ، بمعنى أن يكون اسم المدين مقروناً بالبيانات الكافية من اللقب والمهنة أو الوظيفة ، وغيرها من البيانات التى تنفى الجهالة [(١)] ، وإذا لم يذكر موطن المدين فى عريضة أمر الأداء ،ولم يكن مذكوراً فى سند الدين المرفق بها أو أية ورقة أخرى ، أوأصل الإعلان ، أو أصل إعلان بروتستو عدم الدفع ، أوعلم الوصول الموقع من المدين ، فإن العريضة تكون باطلة ، وذلك عملاً بالمادة ٢٠٢/٢مرافعات مصرى [(٢)].

كما يجب أن تشتمل عريضة الأمر على محل الدعوى وسببها ، وتعبر عنها المادة ٢٠٣ مرافعات مصرى بتطلب بيان « وقائع الطلب وأسانيده » فى عرَيضة الأمر ، فيجب تحديد ما يطلبه الدائن من المدين بدقة[(٣)]، وذلك حتى يتحقق القاضى من أن الدين تتوافر فيه شروط أمر الأداء ، فإذا كان المطلوب نقوداً ،وجب تحديد أصل المبلغ وفوائده ومصاريفه ، وإذا كان منقولاً ، فيجب تحديده ، وذلك ببيان نوعه ومقداره،وإذا كان منقولاً معيناً بالذات ، فيجب أن يبين طبيعته ، وتحديد أوصافه تحديداً نافياً للجهالة [(٤)] ، وكذلك يجب تحديد

== وفائدة بيان الموطن المختار للدائن فى عريضة أمر الأداء ، هو أن تعلن للدائن فى هذا الموطن الأوراق المتعلقة بالخصومة ، مثل صحيفة الطعن فى الأمر- رمزى سيف - الوسيط - طبعة سنة ١٩٥٨ - بند ٥٦٤ ، ص ٧٢٢.

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ص ٨٢٧.

(٢) أنظر : فتحى عبدالصبور - المقالة فى المجموعة الرسمية - السنة ٦١/٢ ، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ط٨ - ص ١٥٧ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ص ١٣٨.

(٣) فلا يكفى أن يطلب إستصدار أمر الأداء بماهو ملتزم به المدين.

(٤) أنظر : فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ - ص ٨٦٧ ، عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء ص٥٥ ، ٥٦ . ولايغني عن تحديد مايطلبه الدائن ، إرفاق سند الدين بالعريضة . ==

الوقائع التي يستند إليها الطالب فى طلبه ، وذلك باعتبارها الأسباب التي يبنى عليها الأمر بالأداء الذى سيصدر على العريضة نفسها [١] ،وكذلك المستندات التي تثبت وفاء الدائن بالتزامه المقابل ، أو بتحقق الشرط إذا كان الحق المطالب به معلقاً على شرط[٢].

كما يجب أن تشمل عريضة أمر الأداء على توقيع محام من المقررين أمام المحاكم الإبتدائية ، إذا كانت العريضة مقدمة إلى المحاكم الإبتدائية ، فإذا كانت عريضة أمر الأداء مقدمة إلى المحاكم الجزئية ، فيجب توقيع المحام عليها إذا بلغت أوجاوزت قيمة أمر الأداء خمسين جنيهاً . وهذا ماتطلبه قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فى صحف الدعاوى والطعون وطلبات الأداء ،وإذا لم تكن عريضة الأداء موقعاً عليها من محام على النحو المطلوب قانوناً ، فإنها

= إذ يكون المطلوب أقل من الثابت بالسند لسبق الوفاء ببعضه . راجع فى ذلك : رمزى سيف الوسيط - ط٨ - بند ٥٦٤ ص ٧٣١ . ويعتبر من وقائع الطلب ، مصدر الحق وشروطه وأوصافه وما إذا كان تجارياً أو مدنياً ، وكذلك طلبات الدائن الأخرى ، مثل طلب التنفيذ المعجل ، لأن أمر الأداء فى القانون المصرى يخضع من حيث تنفيذه للقواعد الخاصة بالأحكام ،ولهذا يجب على الدائن أن يطلب التنفيذ المعجل ، وإلا فإن القاضى لا يأمر به من تلقاء نفسه ، وكذلك المصاريف المطلوبة ، وتشمل كافة ما تحمله الدائن من نفقات في سبيل المطالبة بالحق ، بما فى ذلك مصاريف استصدار أمر الأداء - فى تفصيل ذلك - راجع : عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - ص ٥٦ - ويذهب رأى فى الفقه إلى أنه ينبغى على المشرع أن يتطلب من الدائن أن يذكر القيمة التى يراها عوضاً عن المنقول المعين بذاته ، أو المعين بنوعه ومقداره - أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣- ١٩٨٤ - بند ٨١ ص ١٤٨.

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ص ٧٢٨ ، أمينة النمر - أوامر الأداء - ص ١٣٦ ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ ص ٨٦٨.

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢٢ ص ٨٦٨ . والبيان الخاص بضرورة بيان وقائع الطلب وأسانيده فى عريضة أمر الأداء ، هو شرطاً شكلياً في جميع الحالات ، ويترتب على مخالفته بطلان أمر الأداء لعدم تحقق الغاية منه وفقاً للمادة ٢/٢٠ مرافعات مصرى، فإذا أصدر القاضى أمر الأداء على الرغم من هذا ، فإنه يكون باطلاً . راجع فى هذا المعنى :عبد الحميد وشاحى - أوامر الأداء - ص٥٧.

تكون باطلة ، وهو بطلاناً من النظام العام [١]، مما يدفع القاضى إلى التقرير فى الأوراق بالرفض ، وتحديد جلسة [٢].

هذا عن بيانات عريضة أمر الأداء ، أما عن المرفقات ، فقد نصت المادة ١/٢٠٣ مرافعات مصرى على أن : " يصدر الأمر بالأداء على عريضة يقدمها الدائن أو وكيله ويوقف بها سند الدين وما يثبت حصول التكليف بوفاءه ويبقى هذا السند فى قلم الكتاب إلى أن يمضى ميعاد التظلم ".

ومفاد ذلك ، أنه وتمكيناً للقاضى من الفصل فى الدعوى دون مواجهة ، فإن على طالب استصدار أمر الأداء أن يرفق بالعريضة عند إيداعها مايلى :

١- سند الدين ، أى سند الحق الذى يطالب به الدائن ، وهى الورقة التى تثبت قيام الحق الذى يطالب به الدائن بشروطه التى يتطلبها القانون لصدور أمر الأداء به [٣] ، ويبقى السند مع العريضة فى قلم الكتاب بالمحكمة مع بقية الأوراق المقدمة فى حالة إصدار أمر الأداء إلى أن ينقضى ميعاد التظلم أو الإستئناف المباشر لأمر الأداء الصادر ، أو يفصل فيمارفع منهما [٤] . وإرفاق سند الدين بعريضة أمر الأداء يكون شرطاً جوهرياً لإصدار الأمر ، فإذا لم يقدم

---

(١) أنظر : مصطفى هرجة – أوامر الأداء – ص ٧٥ ، وأنظر أيضاً : نقض مدني مصرى – جلسة ١٩٧٣/٥/٢ فى الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٣٥ق. وبالرغم من ذلك فقد ذهب جانب من الفقه ، إلى أنه إذا خلت عريضة أمرالأداء من توقيع محام ، فلا محل للحكم بالبطلان ، وذلك على الرغم من النص عليه صراحة ، متى تبين تحرير عريضة أمر الأداء بواسطة محام ،وذلك لتحقق الغاية من الشكل الذى يتطلبه القانون . أنظر : عبد الحميد وشاحى – أوامرالأداء – ص ٥٩ ، ٦٠.

(٢) أنظر : مصطفى هرجة – أوامر الأداء – ص ٧٥.

(٣) أى الدليل الكتابى المثبت لحق الدائن ، مثل عقد الإيجار أو البيع أو الزواج أو الكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية . عبد الرازق السنهورى – الإثبات – ط٢ – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية – بند ٦٢ ص ١٣٥ ، عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص ٦١، وأنظر أيضا : نقض مدنى جلسة ١٩٧٩/٥/١٧ – الطعن رقم ١٦١ لسنة ٤٤ق .

(٤) أنظر : فتحي والى – الوسيط – بند ٤٢٢ ص ٨٦٨ – والهدف من هذا هو تمكين المدين من الإطلاع على سند الحق لإعداد دفاعه فى التظلم من أمر الأداء ، باعتبار أن هذا لم يتيسر له قبل إصدار الأمر – عبد الحميد منشاوى – أوامر الأداء – ص٦١ .

الطالب سند الحق مع العريضة ، أو لم يكن السند المرفق مما يعد دليلاً كتابياً لحق الدائن[١] ، فلا يجوز للقاضي إصدار أمر الأداء ، وإنما يرفض طلب الدائن ويحدد جلسة. فإذا أصدر القاضي أمر الأداء بالرغم من عدم تقديم سند الحق فإن الأمر الصادر بالأداء يكون باطلاً [٢].

٢- ما يثبت قيام الدائن بتكليف المدين بالوفاء قبل الطلب بخمسة أيام على الأقل ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٠٣ مرافعات ، حيث أن الدائن هو المكلف بتقديم ما يثبت حصول التكليف بالوفاء [٣].

والدليل المثبت للقيام بالتكليف بالوفاء يختلف بحسب الأحوال ، فقد يكون علم الوصول الموقع عليه من المدين أو غيره ، أو أصل إعلان بروتستو عدم الدفع في المواد التجارية ، أو محضر الحجز التحفظي ، أو أصل ورقة الحجز التي أعلنت إلى المحجوز لديه ، أو أصل الإعلان الموقع عليه من المدين أو غيره ، وذلك وفقاً لقواعد إعلان الأوراق القضائية [٤].

٣- المستندات المؤيدة لطلب الدائن غير سند الدين ، إن وجدت . كالأمر الصادر بتوقيع الحجز التحفظي على منقولات المدين ، أو محضر الحجز إذا كان الدائن قد أوقع حجزاً تحفظياً قبل استصدار الأمر بالأداء ، أو حجز ماللمدين

---

(١) كما لو كان خالياً من توقيع المدين ، ولو كان مكتوباً بخط يده.

(٢) أنظر : عبد الحميد منشاوي - الإشارة السابقة.

(٣) أنظر : عبد الحميد وشاحي - أوامر الأداء - بند ٤٤ص ٥٤ .أمينة النمر - أوامرالأداء - ط٣ ١٩٨٤ - ص ١٦٣ ، عبد الحميد منشاوي - أوامر الأداء - ص٦٢.

(٤) وذلك بطبيعة الحال إذا كلف المدين بالوفاء بالحق بواسطة إعلاناً على يد محضر . وفي بيان اختلاف الدليل المثبت للقيام بالتكليف بالوفاء للمدين حسب الأحوال . راجع :عبد الحميد منشاوي - أوامرالأداء - ص٦٢ ؛ وإذا لم يقدم الطالب الدليل المثبت لحصول التكليف بالوفاء وبمراعاة ميعاده ، فإن القاضي لا يصدر أمر الأداء ، وإنما يرفض إصدار الأمر ، ولا يحدد جلسة إذا كانت الشروط الموضوعية متوافرة ، لأنه في هذه الحالة يجب إتباع الإجراءات صحيحة واستصدار أمراً بالأداء . راجع في بيان ذلك : أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ص ١٦٣ عبد الحميد منشاوي - أوامر الأداء - ص٦٢.

لدى الغير قبل تقديم عريضة أمر الأداء ، وذلك وفقاً للمادة ٢١٠ من قانون المرافعات المصرى [(١)].

٤- مايدل على أداء الرسم كاملاً ، وذلك طبقاً لنص المادة ٢٠٨ مرافعات مصرى ، حيث لا يقبل من الدائن طلب الأمر بالأداء ، إلا إذا كانت عريضته مصحوبة بما يدل على أداء الرسم كاملاً ، ويرجع فى هذا الشأن إلى قانون الرسوم القضائية والتوثيق والشهر رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن قواعد تقدير الرسوم [(٢)].

---

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - ط٨ - ص ٧٣٤ ، عبد الحميد منشاوى - أوامرالأداء - ص٦٢ ، ٦٣ حيث أورد سيادته العديد من أمثلة المستندات التي يجب على الدائن إرفاقها بعريضة الأداء غير سند الحق ، والتى تدل على توافر الشروط اللازمة فى الحق موضوع الأداء ، وذلك وفقاً لنص المادة ٢٠٣ مرافعات مصرى - ويرى البعض أنه يتعين على الدائن فى حالات توقيع الحجز وفقاً للمادة ٢١٠ مرافعات مصرى أن يرفق بعريضة أمر الأداء ما يثبت تظلم المدين من أمر الحجز لسبب يتصل بأصل الحق ، وهذا يقتضى في رأيهم أن يمنح قلم الكتاب شهادات بعدم حصول التظلم من أمرالحجز - أحمد أبو الوفا - التعليق على النصوص المستحدثة فى قانون المرافعات - ص ٩٧.

وإرفاق المستندات المؤيدة لطلب الدائن بعريضة أمر الأداء إجراءً لازماً ، وشرطاً شكلياً حتى تكون العريضة مؤيدة بما يكفى لإقناع القاضى بطلب الدائن ، فإذا لم ترفق هذه المستندات بعريضة الأداء ، أو كانت غير كافية لتأييد طلب الدائن ، فإن القاضى يرفض طلب إصدار الأمر ، غير أن القاضى فى هذه الحالة لايقتصر على رفض طلب الدائن ،وإنما يحدد فضلاً عن هذا ، جلسة لنظر النزاع أمام المحكمة ، وذلك وفقاً للمادة ٢٠٤ مرافعات مصرى - أنظر فى تفصيل ذلك : عبد الحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص ٦٣ .

(٢) أنظر :أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٣ - ١٩٨٤ - بند ١٩ - ص ٤٥ ، عبدالحميد منشاوى الإشارة المتقدمة . غير أن القاعدة المتقدمة ليست مطلقة وإنما يرد عليها إستثناءً نص عليه المشرع فى المادة ٢/٢٠٨ مرافعات مصرى بقوله : " على أنه فى أحوال الحجز المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢١٠ ، يحصل من الدائن ربع الرسم عند توقيع الحجز ، والباقى عند طلب الأمر بالأداء وبصحة الحجز " . فالدائن بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمراً بالأداء عندما يريد أن يوقع حجزاً تحفظياً أو حجز ما للمدين لدى الغير ، يدفع ربع الرسم المستحق فقط عند استصدار أمراً على عريضة بتوقيع الحجز من القاضى المختص بإصدار أمر الأداء ، ويقوم بدفع باقى الرسم المطلوب عند تقديم طلب الأداء وصحة الحجز ، ويرفق بالعريضة ما يدل على قيامه بأداء الرسم كاملاً.

ويجب توافر الأهلية الإجرائية عند تقديم عريضة أمر الأداء ، ليس فقط فى الدائن ، ولكن كذلك فيمن يطلب صدوره ضده ، ولهذا يكون باطلاً ، الأمر الذى يصدر ضد قاصر ، كذلك الأمر الذى يطلب قاصر صدوره [١] ، وهو بطلاناً نسبياً مقرراً لمصلحة ناقص الأهلية ، فلا يجوز أن يتمسك به غيره ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ويجوز للمدين بعد بلوغه سن الرشد أن يجيز التصرف ، أو أن يتنازل عن البطلان صراحة أو ضمناً [٢].

ثانياً : القاضى المختص بإصدار أوامر الأداء [٣] :

يتقدم الدائن أو وكيله بعريضة تشتمل على البيانات المطلوبة ، ومرفقاً بها المستندات اللازمة ، ودليل التكليف بالوفاء ، وأية مستندات أخرى يراها الدائن لازمة لتأييد طلبه إلى القاضى المختص بإصدار أوامر الأداء مباشرة.

وتنص المادة ٢٠٢ من قانون المرافعات فى فقرتها الأولى على أنه :

«على الدائن أن يكلف المدين أولاً بالوفاء بمعياد خمسة أيام على الأقل ثم يستصدر أمراً بالأداء من قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين ، أو رئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية حسب الأحوال ، وذلك مالم يقبل المدين إختصاص محكمة أخرى بالفصل فى النزاع ».

ومفاد ذلك ، أن القاضى المختص بإصدار أمر الأداء ، هو قاض محكمة

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٢ ص ٨٦٩.

(٢) أنظر : عبدالحميد منشاوى - أوامر الأداء - ص٩٤.

(٣) فى دراسة قواعد الإختصاص بإصدار أوامر الأداء . راجع : رمزى سيف - الوسيط - ط٨ - ص٧٥٣ ، عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - ط١٩٥٨ - بند ٥٦ - ص ٧٢ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - ط ١٠ - ١٩٩١ - بند ٨٤ ص ١٦١ ومابعدها ، أمينة النمر - أوامر الأداء - بند ٨٨ ، ص ١٥٩ ، ١٦٠ ، محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٨٧ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط - بند ٤٢١ ص ٨٦٥ ، محمود هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى وإجراءاته - ط٢ - ١٩٩١ - بند ٩٩ ص ١٩٧ ومابعدها ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٤٨ ص٨٠ ومابعدها ، عبدالحميد منشاوى - ص ٦٩ ومابعدها ، المؤلف - الأوامر - ص ٢٥٦ ومابعدها.

المواد الجزئية التابع لها موطن المدين ، أو رئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية حسب قيمة الحق المطلوب ، ولتحديد ما إذا كان من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، أو المحكمة الإبتدائية ، فتطبق قواعد الإختصاص التى تنطبق على الدعاوى التى ترفع بالإجراءات العادية.

فإذا كانت الدعوى تدخل فى اختصاص المحكمة الإبتدائية ، فإن طلب إستصدار أمر الأداء يقدم إلى رئيس الدائرة بهذه المحكمة ، وليس إلى الدائرة بأكملها ، فرئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية هو الذى يناط به وظيفة إصدار أوامر الأداء ممثلاً للمحكمة الإبتدائية ، أما إذا كانت الدعوى تدخل فى الإختصاص النوعى أو القيمي للقاضى الجزئى ، فإن هذا القاضى هو الذى يختص بإصدار أمر الأداء بالنسبة لهذه الدعوى [١].

وإذا كان الإختصاص النوعى من النظام العام ، ولا يجوز للخصوم الإتفاق على مخالفته ، فإن عبارة " وذلك مالم يقبل المدين إختصاص محكمة أخرى بالفصل فى النزاع " ، والواردة بالمادة ٢٠٢ مرافعات مصرى ، إنما تنصرف إلى الإختصاص المحلى [٢] ، دون الإختصاص النوعى

---

(١) ويلاحظ أن المشرع لم يجعل الإختصاص بالفصل فى أوامر الأداء لقاضى الأمور الوقتية ، كما فعل بالنسبة للأوامر على عرائض ، وذلك نظراً لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما – أنظر فى بيان ذلك : محمود هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى – بند ٩٩ – ص ١٩٧ ، أمينة النمر – أوامر الأداء – ص ١٦٣ ، مصطفى هرجة – أوامر الأداء – بند ٤١ ص ٨٢. الدناصورى وعكاز التعليق على نصوص قانون المرافعات – ص ٧٨٣. وأنظر أيضا : نقض مدنى مصرى ١٩٧٢/٥/١١ ، مجموعة النقض ، س٢٣ ق ، ص ٨٧٢ .

(٢) والإتفاق على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة موطن المدين جائزاً وفقاً للقواعد العامة فى الإختصاص المحلى ، لأنه لا يتعلق بالنظام العام كقاعدة. ويكون للمدين والدائن أن يتفقا على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة موطن المدين ، طالما أنها من ذات طبقة المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة ، أي المحكمة الجزئية أو الإبتدائية ، أما إذا تعارض الإتفاق المذكور مع طبقات المحاكم ودرجاتها ، فلا يعتد به لمخالفته لقواعد الإتفاق على مخالفة الإختصاص ، غير أنه يشترط لثبوت الإختصاص المحلى لقاضى المحكمة المتفق عليها ، أن يكون إتفاق المدين والدائن مقدماً ، أى قبل تقديم الدائن لعريضة الأداء . ===

أو القيمى(١)، وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان الحق المطلوب لا يجاوز خمسة آلاف جنيه ، فالإختصاص بإصدار أمر الأداء يكون لقاضى محكمة المواد الجزئية وذلك عملاً بنص المادة ٤٢ مرافعات مصرى والمعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، أما إذا كان الحق المطلوب يجاوز خمسة آلاف جنيه ، كان الإختصاص بإصدار أمر الأداء لرئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية . ويتبع فى تقدير قيمة الحق ، القواعد المنصوص عليها فى تقدير الدعاوى " المواد ٣٦ ،٦/٣٧ مرافعات مصرى (٢).

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للإختصاص النوعى أو القيمى بإصدار أمر الأداء ، فإنه وبالنسبة للإختصاص المحلى ، فإنه يخضع للقواعد التى تنطبق على الدعاوى التى ترفع بالإجراءات العادية . فيكون الإختصاص كقاعدة عامة لمحكمة موطن المدين المطلوب صدور الأمر بالأداء فى مواجهته ، وتطبق في هذا الخصوص ما يطبق على دعوى المطالبة بنقود أو منقولات من قواعد خاصة على خلاف القاعدة العامة ، إلى جانب القاعدة العامة(٣).

= لإتساق هذا الشرط مع نظام أوامر الأداء الذى لا يتصور معه الإتفاق على الإختصاص أثناء نظر القاضى لعريضة أمر الأداء . أنظر : أمينة النمر – أوامر الأداء – ط٣ – ١٩٨٤ – ص ١٨٨.

وفى دراسة الإختصاص المحلى للمحاكم بصفة عامة . راجع : عبدالباسط جميعى – مبادئ – ص ٦٧ ومابعدها ، أحمد مسلم – أصول المرافعات – بند ٢٤٩ ص ٢٦٦ ومابعدها ، أبو الوفا – المرافعات – بند ٣٣ ومايليه – ص ٤١٠ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط – بند ١٨٠ ومايليه – ص ٢٦٦ ومابعدها ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – جـ١ – بند ٢٠٧ ومايليه من ص ٥٠٥ ومابعدها.

(١) راجع : نقض مدنى جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ فى الطعن رقم ١١٠ لسنة ٣٣ ق .

(٢) فى دراسة قواعد التقدير المنصوص عليها فى قانون المرافعات. راجع : عبدالمنعم الشرقاوى – المرافعات – بند ١٦٣ ومايليه – ص ٢٦١ ومابعدها ، وجدى راغب – مبادئ – ص ٢٣٩ ومابعدها، أحمد مسلم – أصول المرافعات – بند ٢٠٢ ومايليه ص ٢٠٤ ومابعدها ، أمينة النمر – تقدير قيمة الدعوى – ١٩٧٩ – منشأة المعارف بالأسكندرية ، فتحى والى – الوسيط – طبعة ١٩٩٣ – ص ٢١٩ ومابعدها ، أحمد السيد صاوى – الوسيط – بند ٢٦٠ ومايليه ص ٢٤٥ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – الموجز – بند ٢٧٠ ومايليه ص ٤٨٨ ومابعدها.

(٣) أنظر : فتحى والى – الوسيط – بند ٤٢١ – ص ٨٦٥ . وإن كان هناك من يرى أن الإختصاص المحلى فى هذا الشأن لا يكون إلا لمحكمة موطن المدعى عليه ، أو المحكمة المتفق على اختصاصها. أنظر فى هذا الرأى : أمينة النمر – أوامر الأداء – بند ٨٥ – ص ١٥٤.

ولما كان القاضى يفصل فى طلب الأداء فى غيبة المدين المطلوب صدور الأمر فى مواجهته ، فقد ثار التساؤل حول ما إذا كان يجوز للقاضى أن يثير عدم اختصاصه المحلى من تلقاء نفسه ، والراجح فقهاً ، أن للقاضى هذه السلطة ، ولو أن القاعدة العامة أنه لايجوز التمسك بعدم الإختصاص المحلى إلا من المدعى عليه ، وسند هذا الرأى ، أن المدين المطلوب صدور الأمر فى مواجهته فى خصومة الأداء غائباً ولا يستطيع الدفع بعدم الإختصاص المحلى أمام القاضى ، ولهذا فإن القاضى عليه من تلقاء نفسه التحقق من اختصاصه المحلى، إذ أن هذا الإختصاص يكون شرطاً لإصدار أمر أداء صحيح (١).

ومن المقرر أن نظام أوامر الأداء لا يتبع أمام مجلس الدولة المصرى ،فلا يجوز إستصدار أمراً بالأداء بحق من الحقوق التي ينظم قانون المرافعات إقتضائها بطريق أوامر الأداء بالإجراءات المقررة فى قانون المرافعات فى منازعة يختص بها القضاء الإدارى (٢) ، وذلك لأن قواعد قانون المرافعات لا

---

(١) أنظر فى هذا الرأى : أمينة النمر - أوامر الأداء- بند ٨٨ ص ١٥٩ ، ١٦٠ ، محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٣٨٧ ، السيد عبدالعال تمام - الأوامر والأحكام وطرق الطعن - ص ٤٦. وأنظر ما أخذ به المشرع الفرنسى فى قانون المرافعات الفرنسى الجديد ، وذلك بموجب نص المادة ١٤٠٦ ، وخصوصاً الفقرة الثالثة منها ، حيث جعل جميع قواعد الإختصاص باصدار أوامر الأداء من النظام العام ، وأوجب على القاضى أن يثير من تلقاء نفسه عدم اختصاصه المحلى. عكس هذا : عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٥٨-بند ٥٦ ص ٧٢. حيث يرى سيادته أنه ليس للقاضى إثارة عدم إختصاصه المحلى من تلقاء نفسه ، إذ هو لا يتعلق بالنظام العام ، ويمكن للمدين التمسك بالدفع عند الطعن فى أمر الأداء.

(٢) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ١٤٧ لسنة ٤ ق جلسة ٧ يونيه ١٩٥٨ ، حكم محكمة القضاء الإدارى ، أول ديسمبر ، ١٩٥٧ الدعوى رقم ١٦٠٤ لسنة ١٠ ق ،وقارن حكم لمحكمة القضاء الإدارى ٣ يونيو ١٩٥٦ فى الدعوى رقم ٨٠ لسنة ١٠ ق . وقضي بعدم قبول دعوى المطالبة بدين من النقود ثابتاً بالكتابة إذا كان يتعين على الدائن أن يطالب بدينه طبقاً لإجراءات نظام أوامر الأداء ، وذلك إستناداً إلى أن قانون مجلس الدولة يخلو من الإجراءات المنظمة لاستيفاء الديون الثابتة بالكتابة. راجع : رمزى سيف - الوسيط - ط ٨ - ص ٧٥٣ عبدالحميد وشاحى - أوامر الأداء - طبعة سنة ١٩٥٨ - ص ٢٤٦ ومابعدها ، نتحى عبدالصبور المقالة فى المجموعة الرسمية السنة ١٨٨/٣/٦٠ ،

وعلى ذلك ، إذا كان أمر الأداء قد صدر فى حدود النصاب النهائى للقاضى الذى أصدره ، فإنه لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف كقاعدة عامة (١).

والحق فى استئناف أمر الأداء ، لا يكون إلا للمدين أو لورثته ، وليس لغيره إستئنافه ، إذ هو ليس طرفاً فى الخصومة (٢).

ويبدأ ميعاد استئناف الأمر من تاريخ فوات ميعاد التظلم ، أو من تاريخ إعتبار التظلم كأن لم يكن " المادة ٣/٢٠٦ مرافعات مصرى " . ونتيجة لذلك يمكن إستئناف أمر الأداء خلال خمسين يوماً من إعلان الأمر للمدين ، وذلك بإضافة ميعاد التظلم " عشرة أيام " إلى ميعاد الإستئناف " أربعين يوماً " ، ويكون للمدين إستئناف الأمر فى خلال خمسين يوماً تبدأ من اليوم التالى لإعلان الأمر إليه(٣).

---

(١) إلا أنه إستثناءً من تلك القاعدة ، فإنه يجوز إستئناف أمر الأداء الصادر بصفة إنتهائية بسبب مخالفة قواعد الإختصاص المتعلقة بالنظام العام ، أو إذا وقع بطلان فى الأمر ، أو بطلان فى إجراءات استصداره أثر فيه ، وذلك وفقاً للمادة ٢٢١ من قانون المرافعات المصرى ، وبالشروط الواردة بها ، وكذلك إذا صدر الأمر على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى ، وذلك عملاً بنص المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات المصرى. عكس هذا ، أمينة النمر - أوامر الأداء ط٢ - ١٩٧٤ - بند ١٧١ - ص ٢٧٨.

وفى دراسة قواعد الإستئناف للأحكام القضائية وحالاته . راجع : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ط ٦ - ١٩٩٠ - الأسكندرية - ص ص ٨٦١ - ٩٢٧ ، وجدى راغب - مبادئ - طبعة ١٩٨٧/١٩٨٦ - دار الفكرى العربى - ص ص٦٢٥ - ٦٤٩ ، أمينة النمر - قانون المرافعات - ١٩٩٢ - ص ص ٥٥١ - ٥٧٣ ، نبيل عمر - قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر - الأسكندرية - ص ص ٦١٥- ٦٣٥ ، فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - ص ص ٧١٤ - ٧٥٧.

(٢) أنظر : عبدالحميد وشاحى : أوامر الأداء - ١٩٥٨ - بند ١١٠ ص ١٣٢.

(٣) أنظر : عبدالباسط جميعى - مبادئ المرافعات - ص ٢٨٥ ، وجدى راغب - ص ٧١٧ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٥ - ص ١٢٠.

ويلاحظ أن المدين يستطيع أن يستأنف أمر الأداء من اليوم التالى لإعلانه به ، ويتنازل بذلك عن سلوك طريق التظلم . رمزى سيف - الوسيط - بند ٦٢٢ - ص ٨٥٦ ، عبدالباسط جميعى - مبادئ - ص ٤٠٠ ، فتحى والى - الوسيط - مبادئ - بند ٤٠٢ - ص ٧٠١ ، الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٧(ب) - ص ٨٧٨ ، عبدالمنعم حسنى - طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية - ص ١٣٠٤.

ويكون للمدين أو ورثته رفع الإستئناف عن أمر الأداء الصادر لغير مصلحتهم إلى المحكمة الأعلى درجة من المحكمة التى أصدر قاضيها الأمر فتختص بنظر إستئناف الأمر الصادر من القاضى الجزئى ، المحكمة الإبتدائية " دائرة إستئنافية " ، وتختص محكمة الإستئناف بنظر إستئناف الأمر الصادر من رئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية (١).

والمشرع لم ينص فى باب أوامر الأداء على إجراءات خاصة بالنسبة للطعن بالإستئناف ، ومن ثم ، تطبق إجراءات وقواعد إستئناف الأحكام ، والمنصوص عليها بالمادة ٢٣٠ ومابعدها من قانون المرافعات المصرى(٢) ، ونتيجة لذلك ، فإن الإستئناف يرفع بصحيفة تودع بقلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الإستئناف ، وذلك وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى ، ويجب أن تشتمل صحيفة الإستئناف على بيان أمر الأداء المستأنف وتاريخه وأسباب الإستئناف وإلا كانت باطلة (٣).

ويترتب على الطعن بالإستئناف ، تحول خصومة الأداء ، وهى خصومة تحقيق غير كامل دون مواجهة ، إلى خصومة تحقيق كامل تتم فيها مواجهة بين الخصوم فى الإجراءات (٤).

= ويشترط لقبول الإستئناف ، أن يتم رفعه صحيحاً خلال الميعاد ، ويعتبر مرفوعاً من تاريخ تقديم العريضة إلى قلم الكتاب بالمحكمة المختصة . أمينة النمر - أوامر الأداء - ط٢ - ١٩٧٤ ص٣٣١.

(١) راجع : نقض تجارى مصرى - ١٩٨٨/٣/٧ فى الطعن رقم ٧٨٠ لسنة ٥٥ ق - مشار إليه فى مرجع فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٧ (ب) - ص ٨٧٨ فى الهامش رقم (٢).
مع ملاحظة أنه يترتب على استئناف أمر الأداء مباشرة سقوط الحق فى التظلم منه.

(٢) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ٦٢٢ - ص ٨٥٦ ، فتحى والى - مبادئ - بند ٤٠٢-ص ٧٠١ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء - بند ٨٦ - ص ١٢١.

(٣) راجع : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦١/١١/٢٢ فى الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٦ ق.

(٤) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٤٢٥ - ص ٨٧٥.

وعن سلطة محكمة الإستئناف عند نظر الإستئناف عن أمـر الأداء[١] ، فإنها تكون لها نفس السلطة التى تكون لها عندما تنظر استئنافاً عن حكم قضائى [٢] ، فلها أن تؤيد الأمر أو تلغيه ، وإذا ألغته ، فإنها تعيد القضية إلى محكمة أول درجة أو لا تعيدها ، وذلك بحسب ما إذا كانت هذه - أى محكمة أول درجة - لم تستنفد ولايتها ، أو قد إستنفدتها ، وذلك كله وفقاً لماهو مطبقاً بالنسبة لاستئناف الأحكام [٣] . ومن ثم ، فإن محكمة الإستئناف تتصدى للموضوع إذا ألغت أمر الأداء لأسباب موضوعية [٤].

ومجرد إنقضاء خصومة الإستئناف لأى سبب من الأسباب الإجرائية ، كالسقوط أو الإنقضاء بمضى المدة ، لا يمس أمر الأداء المطعون فيه بالإستئناف [٥].

---

(١) حول سلطة المحكمة الإستئنافية عند نظرها إستئناف أوامر الأداء. راجع : أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ - ص ١٧٨ ، ١٧٩ ، فتحى والى - مبادئ القضاء المدنى - ص ٩٠٨ الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ١٩٩٣ - ص ٨٧٧ ، مصطفى هرجة - أوامر الأداء بند ٨٨ ص ١٣٢، وأنظر أيضاً : نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٧٢/٥/٢٣ فى الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٧ ق ، ١٩٦٤/١١/٥ فى الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٢٩ق.

(٢) أنظر : فتحى والى - مبادئ - بند ٤٠٢ - ص ٧٠١ ، الوسيط - ١٩٩٣ - ص ٨٧٧.

(٣) أنظر : فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - ص ١٣٣.

(٤) أنظر : مصطفى هرجة - أوامر الأداء - ص ١٣٣.

(٥) أنظر : فتحى والى - الإشارة المتقدمة.

« الخاتمة »

كان من اللازم ، وعند دراستنا لموضوع نطاق سلطة القاضى فى إصدار الأوامر القضائية ، أن نتعرض بالبحث والتحليل للتساؤلات المطروحة من جانب الفقه وأحكام المحاكم بشأن هذا الموضوع ، والتى ثار بشأنها إختلافاً فى وجهات النظر ، سواءً فيما تعلق بسلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى ، والتى يقوم القاضى بناءً عليها بإصدار أوامر قضائية ملزمة ، والمسندة إليه قانوناً أو فيما تعلق بطبيعة الأعمال الولائية ، باعتبار أن الأوامر على عرائض هى الشكل الذى يمارس القاضى من خلاله ما يتمتع به من سلطة الأمر ، أي السلطة الولائية ، وكذلك الطبيعة القانونية لأوامر الأداء ، والتى تنعكس إنعكاساً كاملاً على النظام القانونى لها ، حيث يختلف النظام القانونى للأوامر على عرائض عن النظام القانونى لأوامر الأداء ، أو فيما تعلق بدراسة الجدل بصدد الأوامر على عرائض ، خاصة فيما يتعلق بطبيعتها الفنية ، وحالات اللجوء إليها ، ومدى إمكانية الإلتجاء إليها فى أية حالة.

فضلاً عن الجدل الذى دار حول سلطة القاضى فى إصدار الأمر على عريضة ، وهل يستند فى ذلك إلى سلطته القضائية ، أم إلى سلطته الولائية. وماهو المعنى المحدد لفكرة السلطة الولائية.

وكذلك الجدل حول جواز اللجوء إلى نظام الأوامر على عرائض فى الحالات التى حدد المشرع فيها شكلاً آخر للتقاضى.

وكان لابد من الإجابة على كافة الأسئلة المثارة فى هذا الصدد ، ودراسة هذا الموضوع من الناحية النظرية والعملية فى آن واحد.

وفيما يتعلق بأوامر الأداء ، فإن دراستها كانت لها أهمية كبرى ، حيث أنه ونظراً لأهميتها المتزايدة فى الحياة العملية ، فإنه كان من الواجب علينا أن نستعرض كافة جوانب نظام أوامر الأداء ، سواءً فى ذلك ، فكرتها العامة ، أو طبيعتها القانونية ، وذلك لما أثير من جدل شديد فى الفقه حول تحديد طبيعتها ، أو سواءً تاريخ هذا النظام فى القانون المصرى والفرنسى المقارن ، أو

غير ذلك من التساؤلات المثارة فى العديد من القضايا التى تمس موضوع أوامر الأداء.

ولأجل ذلك ، ولاختلاف النظام القانونى للأوامر على عرائض عن النظام القانونى لأوامر الأداء ، فإننا قد قسمنا هذه الدراسة إلى بابين إثنين ، تناولنا فى الباب الأول ، دراسة النظام القانونى للأوامر على عرائض ، بادئين ذلك ، بتوضيح الخصائص المميزة لنظام الأوامر على عرائض ، ودراسة شروط استصدارها ، وكيفية اصدارها .

أما الباب الثانى ، فقد تناولنا فيه بالبحث والتحليل دراسة النظام القانونى لأوامر الأداء ، وذلك لمعرفة طبيعتها الفنية ، حتى يمكن تحديد خصائصها وآثارها ، إذ تنعكس طبيعة العمل على خصائصه وآثاره ، فبدأنا هذا الباب بالتعريف بنظام أوامر وفاء الحقوق الثابتة للكتابة « أوامر الأداء » والتطور التاريخى لهذا النظام وتمييزه عن الأمر على عريضة ، وكذلك دراسة شروط استصدارها ، وكيفية إصدارها ، وتنفيذها ، والطعن عليها .

واتضح لنا من هذه الدراسة ، أن القاضى فى إصداره للأوامر على عرائض التى تهدف إلى اتخاذ تدابيراً وقتية ، لا يستند إلى سلطته القضائية . لأن القضاء هو حسماً للمنازعة ، وهنا لا توجد منازعة ولا حسماً لها. وبناءً على ذلك ، فإن هذه السلطة التى يستند إليها القاضى فى إصداره لمثل هذه الأوامر هى السلطة الولائية ، وهى من طبيعة مغايرة لطبيعة السلطة القضائية ، كما أنه وفيما يتعلق بطبيعة العمل الولائى ، فإن الفقه الإجرائى قد ارتاب فى حقيقة الطبيعة التى تتمتع بها الأعمال الولائية ، إذ كانت هذه الطبيعة وما زالت محل جدل فى الفقه ، وإنعكس هذا الجدل على النظام القانونى لهذه الأعمال ، ولم يجمع الفقه على طبيعة واحدة لها ، فنجد البعض قد اعتقد فى أن هذه الأعمال ذات طبيعة إدارية ، بينما ذهب آخرون إلى أنها أعمالاً ذات طبيعة قضائية بينما اتجه فريق ثالث ، وهو الذى اعتمدناه مستندين فى ذلك إلى العديد من الأدلة والبراهين التى تؤكد منطقيته واتفاقه مع الواقع العملى ، وهو الرأى

الخاص باعتبار العمل الولائى ذات طبيعة مختلطة ، فهو مزيجاً من القضاء والإدارة ، ينتسب للعمل الإدارى بموضوعه ، بينما ينتمى للعمل القضائى بشكله ومصدره ، ومن ثم ، لا تتطابق طبيعته مع الطبيعة القضائية البحتة ، ولا مع الطبيعة الإدارية البحتة ، بل هو من طبيعة هجينية ناتجة من الخلط بينهما.

كما اتضح لنا كذلك ، أنه إذا كان هناك ثمة إجماع فى الفقه على استقلال العمل الولائى ، واختلافه عن العمل القضائى بالمعنى الضيق ، إلا أن الفقه الإجرائى قد اجتهد لإيجاد معياراً حاسماً لتمييز هذا العمل الولائى عن العمل القضائى بالمعنى الضيق ، وذلك لوجود اختلافات كبيرة بين الأعمال الولائية والأعمال القضائية ، مما يجعل من الضرورى التمييز بينهما .

وقد تعددت الإتجاهات فى تمييز العمل الولائى ، فمنهم من إتخذ معيار عدم وجود نزاع أو خصم كأساس للتمييز ، ومنهم من اتخذ المعيار الشكلى الإجرائى ، ومن اتخذ معيار مدى سلطة القاضى ، ومن اتخذ معيار عدم تمتع العمل الولائى بحجية الأمر المقضى ، ومن اتخذ المعيار العضوى المتعلق باختصاص العضو القائم بالعمل ، ومن اتخذ معيار الأسلوب الولائى واختلافه عن الأسلوب القضائى الذى يصدر وفقاً له العمل الولائى ، ومن اتخذ معيار الدور المنشئ ، باعتبار أن العمل الولائى يهدف إلى إنشاء مركزاً قانونياً جديداً، بينما العمل القضائى موضوعه رابطة قانونية سابقة ، أى سبق تكوينها ، ويهدف إلى تطبيق إرادة القانون ، وحلولها محل إرادة الأفراد ، لكى تحقق تلك الرابطة القانونية هدفها ، ومن اتخذ معيار التفرقة بين الوسيلة والنتيجة ، وأخيراً من اتخذ المعيار المختلط كأساس لتمييز العمل الولائى ، والخاص بضرورة النظر إلى شكل العمل ومضمونه فى نفس الوقت ، وهو المعيار الذى اعتمدناه مستندين فى ذلك إلى العديد من الأدلة والبراهين النظرية والعملية.

كما اتضح لنا كذلك ، وفى إطار الرد على التساؤل المثار بشأن ما إذا كانت الأوامر على عرائض واردة فى القانون على سبيل الحصر ، أم على سبيل المثال ، وذلك بطبيعة الحال قبل التعديل القانونى الجديد الذى أورده القانون

رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المصرى ، والذى سد الباب ونص على أن الأوامر على عرائض لا تكون إلا إذا نص القانون عليها، وبالتالى تكون واردة على سبيل الحصر لا المثال ، وأنه يمكن استصدارها كلما اقتضت المصلحة ذلك ، ودون الإستناد إلى سند تشريعى ، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن نظام الأوامر على عرائض هو نظاماً إستثنائياً من القاعدة العامة التى تستوجب اللجوء إلى القضاء بطريق الدعوى ، وهو وارداً فى التشريع على سبيل الحصر ، وقد استحسنا ما فعله المشرع المصرى عندما عدل نص المادة ١٩٤ مرافعات ، وذلك بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ،وحصر استصدار الأوامر على عرائض فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجهاً فى استصدار أمراً على عريضه.

كما اتضح لنا من هذه الدراسة ، أن هناك شروطاً يجب توافرها لقبول الأوامر على عرائض ، بحيث إذا تخلفت هذه الشروط ، كان هناك فرصة لصدور أمر من القضاء بعدم قبول العريضة أو بصدور أمر برفض إصداره.

وأن طلب استصدار الأمر على عريضة ، يقدم إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق به الأمر ، أو إلى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى الموضوعية ، وذلك إذا طلب الأمر المتعلق بها أثناء نظرها ، فإذا كان الأمر متعلقا بالتنفيذ ، كان الإختصاص لقاضى التنفيذ ، وليس لقاضى الأمور الوقتية.

وإذا طلب الأمر على عريضة ، وكان متعلقاً بدعوى لم ترفع بعد أمام القضاء ، وكانت من اختصاص المحكمة الإبتدائية ، فإنه يكون من الواجب تقديم عريضة الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بها ، أما إذا كانت هذه الدعوى من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، كان القاضى الجزئى هو المختص بإصدار هذا الأمر.

كما اتضح لنا كذلك ، أنه إذا كان العمل الولائى لا يفترض وجود خصمين فإن إجراءات إستصداره لا تخضع لمبدأ المواجهة ، فيصدر الأمر دون تكليف أى

مدعى عليه بالحضور ، باعتبار أن الخصومة المتولدة عن تقديم العريضة هى خصومة تحقيق غير كامل ، وبالتالى ، فنظام الإعلان القضائى لا يعمل به فيه وكذلك لامجال لإعمال مبدأ احترام حقوق الدفاع ، ولا التمسك بالدفوع الإجرائية، أو الموضوعية أو الدفوع بعدم القبول، وذلك لغياب الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بها ، وإذا تعلق دفع من هذه الدفوع بالنظام العام ، فإن القاضى يلتزم بحكم وظيفته بإثارته فى صورة رفض إصدار الأمر.

وكذلك لا مجال لإعمال الجزاءات الإجرائية ، كالبطلان مثلاً ، فإن كان هذا الجزاء يوجد مجال لإعماله ، فإن القاضى يثيره فى صورة رفض إصدار الأمر كما أن أنظمة وقف الخصومة الإتفاقى أو القانونى أو القضائى لاتسرى على نظام الأوامر على عرائض ، وكذلك أسباب انقطاع الخصومة العادية ، وقواعد سقوطها وتقادمها ، ونظام التدخل والإختصام ، حيث أنه لا يوجد نزاعاً يضر أو يفيد الغير ، وذلك حتى يسمح له بالتدخل أو الإختصام للإفادة أو للدفاع عن المركز الموضوعى المطروح أمام القضاء.

ونتيجة للطبيعة الخاصة التى تتمتع بها الأعمال الولائية ، فإن النظام القانونى لهذه الأعمال لا يماثل النظام القانونى للأعمال القضائية ، إذ أنه - أى العمل الولائى - لا يحوز حجية الأمر المقضى ، كما أنه يمكن التمسك ببطلانه بطريق الدفع ، كذلك يجوز رفع دعوى بطلان أصلية لإلغائه وإزالة آثاره، كما لاتخضع الأعمال الولائية لطرق الطعن التى تخضع لها الأعمال القضائية ، وإنما نظم المشرع طريقاً خاصاً للتظلم منها ، وذلك فى المواد ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ من قانون المرافعات المصرى ، وهذا الطريق الخاص يختلف عن طرق الطعن فى الأحكام القضائية.

وعند دراستنا للنظام القانونى لأوامر الأداء ، تبين لنا أن فكرة أوامر الأداء تقوم على أساس أن بعض الحقوق لا يحتاج تحقيقها إلى مواجهة بين الطرفين ، لأن المدين ليس لديه ما يعارض به إدعاء الدائن، وأساس ذلك ، هو ثبوت الدين بالكتابة ، مما يغلب معه تحققه ، مما يقتضى عدم رفعه إلى

القضاء لتحقيقه والفصل فيه طبقاً للإجراءات المعتادة ، مما يؤدى إلى أن يستصدر أمراً من القاضى بدفع الدين ، يعلن للمدين ، فإن لم يتظلم منه فى ميعاد معين ، أصبح الأمر بمثابة حكماً نهائياً واجباً النفاذ.

كما أن الطبيعة الفنية لأوامرالأداء كانت مثاراً للجدل الشديد فى الفقه وأمكننا حصر آراء الفقه بشأن هذه الطبيعة إلى اتجاهات ثلاث ، إتجاه أول يرى أن أوامر الأداء ذات طبيعة قضائية ، وآخر يرى أن أوامرالأداء ذات طبيعة ولائية، وثالثاً يرى وبحق أنها ذات طبيعة مزدوجة ، فهو أمراً صادراً على عريضة ، ولكنه ليس صادراً من قاضى الأمور الوقتية ، وليس صادراً فى مادة ولائية ، وإنما هو صادراً من القاضى المختص فى مطالبة قضائية ، ولذلك ورغم كونه شكلاً ، أمراً على عريضة ، إلا أن موضوعه أشبه بالحكم الغيابى ، ومن ثم فهو ذو طبيعة مزدوجة.

كما أن المشرع حدد شروطاً لاستصدار أمر الأداء، حيث يخضع لنظام أوامر الأداء رفع الدعوى التى ترمى إلى حماية حق تتوافر فيه شروطاً معينة ، وهذه الشروط بعضها يتعلق بطبيعة الحق ، والبعض الآخر بإثباته، فإذا ما تحققت الشروط اللازم توافرها لسلوك سبيل أوامر الأداء ، فإن على الدائن به أن يباشر إجراءات أوامر الأداء ، وهى إجراءات مختصرة ، كما وأن القاضى المختص بإصدار أمر الأداء، هو قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين ، أو رئيس الدائرة بالمحكمة الإبتدائية حسب قيمة الحق المطلوب وعما إذا كان من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، أو المحكمة الإبتدائية فإنه تطبق قواعد الإختصاص التى تطبق على الدعاوى التى ترفع بالإجراءات العادية.

والقاضى فى إصداره لأمر الأداء ينظر الدعوى فى غير جلسة ، ولا يحضر الدائن الطالب استصدار الأمر ولا المدين المطلوب صدور الأمر فى مواجهته أو الكاتب ولا تتدخل النيابة العامة ، ولو توافرت إحدى حالات التدخل وإذا رأى القاضى أن يجيب الطالب إلى كل طلباته ، فإنه يصدر أمراً بالأداء

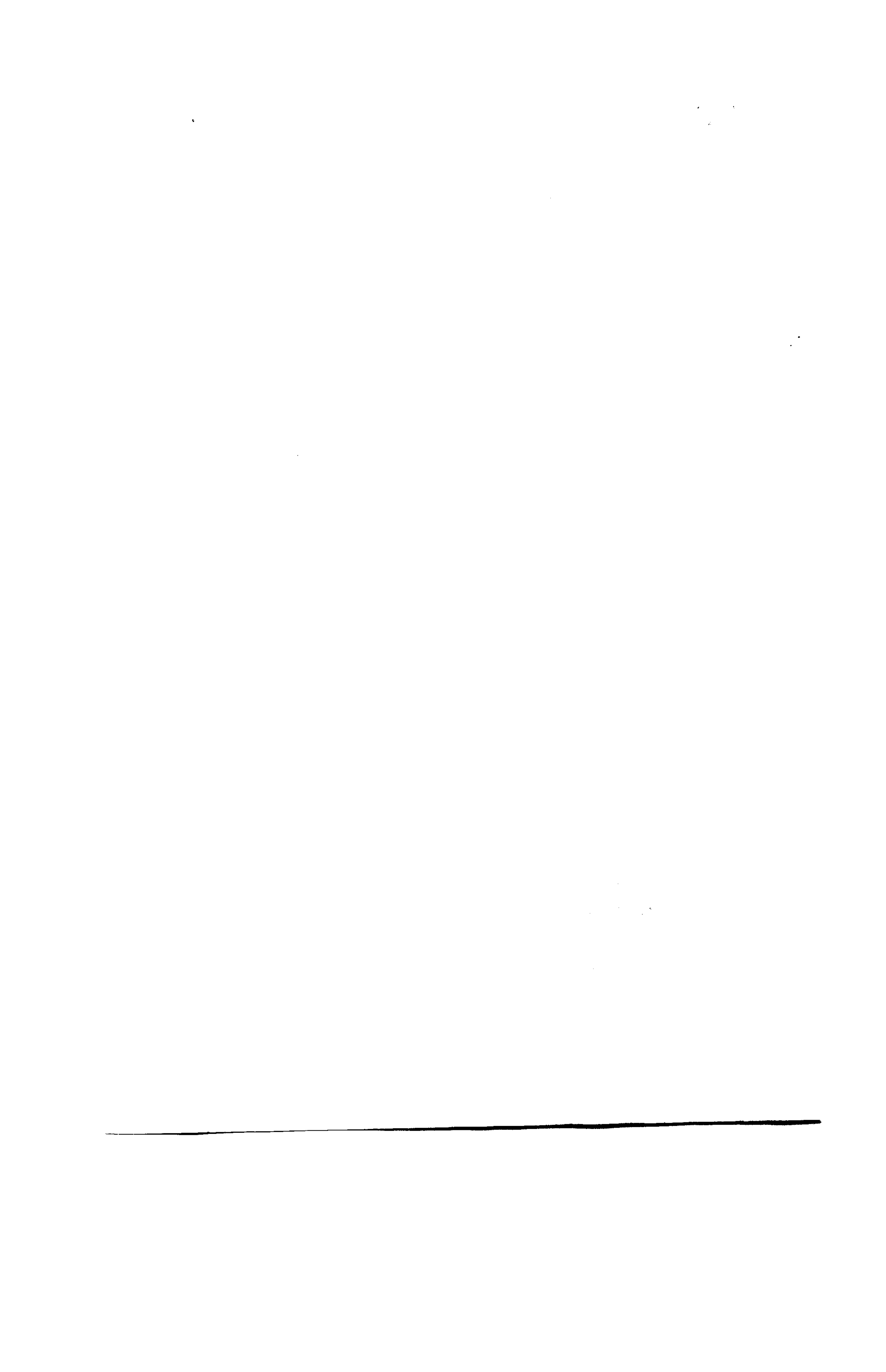
فليس له إصدار الأمر ببعض الطلبات المقدمة من الطالب ، أى ليس له قبول بعض الطلبات ورفض البعض الآخر ، أو إحالة هذا البعض الآخر إلى المحكمة لتنظره بالإجراءات العادية.

كما أنه وفى حالة صدور أمر الأداء ، فإنه على الطالب أن يقوم بإعلان المدين بالعريضة وعليها صورة أمر الأداء، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره ، ويتم الإعلان وفقاً للقواعد العامة بورقة محضرين تسلم لشخص المدين أو فى موطنه ، وإذا لم يتم الإعلان فى الميعاد ، إعتبرت العريضة والأمر الصادر عليها كأن لم تكن.

وعند دراستنا للطعن فى أوامر الأداء ، فإنه قد بان لنا أنه إذا كان أمر الأداء يصدر دون مواجهة ، فإن القانون قد حرص على تخويل المدين حق الطعن فى أمر الأداء فى جميع الأحوال ، وذلك بغض النظر عن قيمة الحق أو نوعه فنظم طريقاً خاصاً للطعن على أوامر الأداء ، ألا وهو طريق التظلم . وإذا كان أمر الأداء هو فصلاً فى دعوى إلزام بقبولها ، فقد أخضعه المشرع لما يخضع له حكم الإلزام من طعن بالإستئناف ، وذلك إذا كان الأمر بحسب قيمة الحق أو نوعه يقبله ، وبهذا أجاز المشرع للمدين الذى صدر ضده أمر الأداء ، إما أن يطعن فى الأمر بالتظلم ، وإما أن يطعن فيه بالإستئناف ، مع ملاحظة أن الحق فى التظلم من الأمر يسقط إذا طعن فيه مباشرة بالإستئناف ، كما وأن كلا الطريقين يعدان طريقان عاديان للطعن فى أمر الأداء ، ولهذا لم ينص القانون على أسباب محددة لأى منهما ، وإنما كل ما اشترطه هو أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً ، كما وأنه يترتب على على الطعن بأيهما تحول خصومة الأداء وهى خصومة تحقيق غير كامل دون مواجهة بين الخصوم فى الإجراءات ، إلى خصومة تحقيق كامل تتم مواجهة ، كما وأن مجرد إنقضاء خصومة الطعن لأى سبب من الأسباب الإجرائية ، كالسقوط ، أو الإنقضاء بمضى المدة ، لا يمس أمر الأداء.

محتويات الكتاب

الفهرس



إيداع محلى ٥٨٨٧-٩٩	
ترقيم دولي	ISBN
	977-5394-28-7